دروس

في فقه الإمامية

تأليف

العلامة الدكتور

الشيخ عبد الهادي الفضلي

الجزء الثاني

مؤسسة أم القرى للتحقيق والنشر

بسم الله الرحمن الرحيم

٢٩

مؤسسة أمّ القرىٰ للتحقيق والنشر

دروس في فقه الامامية

الجزء الثانی

تأليف الشيخ الدكتور عبد الهادى الفضلي

الطبعة الاولى - ١٧ / رجب / ١٤١٩هـ

تقديم:

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وسلام على عباده الذين اصطفى .

وبعدُ :

فبين يديك – قارئي العزيز – الجزء الثاني من **(دروسٌ في فقه الإمامية)** وهو كرصيفه السابق محاولةٌ متواضعةٌ، تضمَّنتْ بحوثاً تمهيديةً لدراسة المعاملات الماليَّة قديمة وحديثة .

ولأن هناك منهجين تناول الفقهاءُ والباحثون قضايا الفقه ومسائلَهُ في ضوئهما، وعلى هدي تعليماتهما، وهما المنهج الفلسفي والمنهج العلمي، سلكتُ في دراستي هذه المنهج العلمي مبتعداً قدرَ الطاقة عن المنهج الفلسفي .

وذلك لما أستشعره من فرق واضح بين موضوع البحث الفلسفي وموضوع البحث الفقهي، حيث يتحرَّك الأوَّلُ في عالم الفكر التكويني، ويتحرَّك الثاني في عالم الفكر التشريعي ، والفرقُ بين التكوين والتشريع هو الفرقُ بين التجسيد والتجريد، فما يصدُقُ من قوانين في عالم التكوين، لا ينطبق – غالباً – على عالم التشريع للفرق المذكور.

ومن هنا إذا حاولنا أن نُعَيِّنَ موقعَ المعاملات الماليَّة – وهي من التشريع – سوف نصنفها في عالم الاعتباريات، لأنها غيرُ ذاتِ طبيعةٍ ماديةٍ متجسدةٍ في خارج الذهن، وإنما هي ظواهرُ اجتماعيةٌ تدخل ضمن فعالياتِ و آليَّاتِ سلوك الإنسان، ووفقَ نظامٍ خاصٍّ بها اعتُمِدَ في وضعه اعتبارُ المعتبر.

وكذلك لما أُدركُه بَيِّناً من الفرق بين الطريقة الاستنتاجية في البحث و الطريقة الاستقرائية، حيث يعتمد الاستنتاجُ على التفكير المجرد ويقوم الاستقراءُ على ملاحظة الواقع.

وما هذا إلا لأن المعاملاتِ الماليَّة - كما قلتُ - ظواهرُ اجتماعيةٌ تعيش في واقع حياة الناس، والطريقُ لمعرفة الواقع هو الاستقراء.

ويتجلّى هذا أكثر عندما نعرف أن المصدر الأساسي للفكر الفقهي في مباحث المعاملات الماليَّة هو سيرةُ العقلاء المعتبرةُ من قبل المشرِّع الإسلامي، والسيرةُ - كما هو معلومٌ - أنماط سلوكية تتحرك وتتفاعل في الواقع الاجتماعي.

والطريقُ لمعرفة الواقع - لأنه من الحسِّيات - ليس الاستنتاج و إنما هو الاستقراءُ عن طريق الملاحظة.

وأيضاً : إن آية ذلك ما نقرؤه كثيراً من تعليقات فقهيةٍ على الإجماعات المُدَّعاة في مباحث المعاملات بأنها من نوع التسالم والتواضع المُستَقَى من سيرة العقلاء، وليس هو من نوع المصطلح الأصولي الكاشف عن رأي المعصوم.

وقد حاولتُ خلالَ البحث التطعيمَ بالمقارنة - حيث يتأتّى هذا - بين الفقه الشرعي والفقه القانوني.

وتناولتُ في هذه البحوث التمهيدية نظرياتٍ هي بمثابة التربة التي تنمو فيها المعاملاتُ الماليَّة، وقواعدَ هي - في واقعها - مصادرُ تشريعيةٌ تعطي المعاملةَ صبغةَ المشروعية.

والنَّظَريَّاتُ، هي:

- نظريَّة العرف.

- نظريَّة الملك.

- نظريَّة الحق.

- نظريَّة الذمة.

- نظريَّة العقد.

أما القواعدُ فهي:

- قاعدة الإباحة.

- قاعدة التجارة.

- قاعدة الوفاء بالعقود.

- قاعدة اللّزوم في العقود.

- قاعدة الشرط.

- قاعدة الوفاء بالشروط.

- قاعدة تبعية العقود للقصود.

- قاعدة السلطة على المال.

- قاعدة الصحة في المعاملة.

وقدّمتُ على هذه وتلك مقدمةً عَرّفتُ فيها المعاملةَ والمالَ.

وأخيراً :

هي محاولةٌ متواضعةٌ، آمل من إخواني المعنيِّين بمثل هذه البحوث أن يُصحِّحُوا الخطأَ ويقوّموا الأَوَدَ.

كما أسأل الله تعالى أن يتقَبَّلَ عملي هذا ويُثِيْبَنِي عليه، ويُوَفِّقَنِي للمواصلة في خدمة فقه أهل البيت (ع) إنه سبحانه ولي التو فيق وهو الغاية.

عبد الهادي الفضلي

دارة الغريين –الدمام

في ١٦ صفر الخير ١٤١٧ هـ

المعاملات الماليَّة

بحوث تمهيدية

-النظرّيات

-القواعد

المقدمة

تعريف المعاملة الماليَّة

- المعاملة
- المال
- المعاملة الماليَّة

كنا قد درسنا تبويبَ موضوعات الفقه في المجلد الأول من كتابنا هذا **(دروس في فقه الإمامية)**، ورأينا هناك أنّ أقدم وأشهر تبويب لمواد الفقه هو ذلك التّبويب الذي يصنف موضوعات الفقه إلى عبادات ومعاملات.

وكذلك رأينا هناك أن المعاملات قديماً كانت تُصنَّف إلى: عقود، وإيقاعات، وأحكام.

وأساس قسمة المعاملة إلى الأقسام الثلاثة المذكورة كان هو اشتراط الصيغة وعدمه.

فإن كانت المعاملة غير مشروطة بالصيغة فهي الأحكام .

وإن كانت المعاملة مشروطة بالصيغة فهي العقود والإيقاعات .

ويقوم تقسيم المعاملة المشروطة بالصيغة إلى هذين القسمين (العقود و الإيقاعات) على أساس اشتراط صدور الصيغة من طرفي المعاملة وعدمه.

فإن كانت المعاملة مشروطاً فيها إجراء الصيغة من الطرفين فهي العقود.

وإن كان إجراء الصيغة من طرف واحد فقط فهي الإيقاعات.

وأفدنا هناك أيضاً أن متأخري المتأخرين و المعاصرين من أصحابنا فقهاء الإمامية قسموا أبواب الفقه إلى عبادات ومعاملات أيضاً، وافترقوا عمّن تقدمهم بتعميم المعاملات للأقسام الثلاثة (العقود والإيقاعات والأحكام) دونما عنونة كل قسم بعنوانه الخاص به.

ومن هنا لابد – في البدء – من تحديد نوع المعاملة الماليَّة هل هي من العقود أو من الإيقاعات أو من الأحكام ؟ وأن يأتي هذا بعد تعريف المعاملة لأنه المعيار الذي على أساسه تصنف المعاملة الماليَّة فتوضع في موضعها من الأقسام الثلاثة المذكورة.

كما لابد من تعريف المال وبيان مفرداته لنستجلي من تعريفهما – أعـــــني المعاملة والمال – معنى موضوع دراستنا في هذا المجلد من هذا الكتـــاب (**دروس في فقه الإمامية**) .

وعليه ستشتمل هذه المقدمة على العناوين التالية:

- تعريف المعاملة.
- تعريف المال.
- تعريف المعاملة الماليَّة.

وتندرج هذه العناوين المذكورة تحت عناوين رئيسة هي:

- المعاملة.
- المال.
- المعاملة الماليَّة.

المعاملة

تعريفها

كلمة (**معاملة**) مأخوذة من الفعل الثلاثي المزيد بالألف بعد أوله، وهو (عامل)، يقال: عامل يعامل معاملة.

وتسمى هذه الألف -صرفيا- بـ (ألف المفاعلة) لأنها - أعني المفاعلة - من مصادر الفعل على زنة (فاعل)، وربما سميت (ألف المشاركة) لأنها تزاد للدلالة على المشاركة في الفعل.

ويقصد بالمشاركة وقوع الفعل بين طرفين فأكثر.

ويأتي هذا الوقوع على أنحاء من الاستعمال تتمثل بالتالي:

أ- وقوع الفعل من الطرفين، بمعنى أن الطرفين يشتركان في إيقاعه حيث يوقع كل طرف منهما الفعل عل الطرف الآخر، فيكون كل واحد منهما فاعلا يوقع الفعل ومفعولا يقع الفعل عليه، وهذا مثل: مقاتلة، ومصارعة، وملاكمة.

ب- وقوع الفعل من اثنين فأكثر على شيء آخر، بحيث يصبح طرف المفاعلة - هنا - فاعلا فقط، كما في: مساهمة ومشاركة، تقول: ساهموا في جمع المال، وشاركوا في رفع الأثقال.

ج- وقوع الفعل من طرف واحد على طرف آخر أو أطراف آخرين، بحيث يصبح الطرف الأول هو الفاعل فقط كما في: لاعب زيد طفله، وداعب عمرو أخاه.

والمشاركة هي المعنى الغالب على هذه الصيغة كما في كلمة (معاملة) .

فـ (**معاملة**) -إذن- صيغة عربية اشتقاقية، على وزن مفاعلة، الدال غالباً على وقوع الفعل من طرفين يشتركان فيه، مثل: قاتل مقاتلة، وضارب مضاربة، وصارع مصارعة.

فـ (عَامَلَ معاملةً) تعني وقوع العمل من طرفين يشتركان في إيقاعه.

وقد تعني وقوعه من طرف واحد فقط كالذي ورد في دعاء كميل:

(ولا مشبه لما عاملت به الموحدين من برك وإحسانك).

ولكن الغالب عليها هو المعنى الأول، أي وقوع الفعل من طرفين يشتركان في إيقاعه.

وعرّفها (الهادي إلى لغة العرب) بـ «الصلة بين مَن يعامِل و مَن يعامَل».

ثم قال: «ويقال: الدين عبادات ومعاملات، أي علاقات وسلوك بين الناس كالبيع والشراء والعقود والإجارة.

والمعاملات التجارية هي العلاقات التجارية».

وهو -هنا- يفسر المعاملة كسلوك إنساني بالاتفاقية التي تقع بين طرفين كالبائع والشاري في مبادلة النقد بالعين -مثلاً- ومالك الدار والمستأجر في مبادلة منفعة العين التي هي الدار بالنقد الذي هو الأجرة.

والاتفاقية -بطبيعتها- هي صلة وعلاقة بين الطرفين المتفقين.

ومن هنا عُرِّفت المعاملة **Transaction** في علم الاقتصاد بـ «اتفاقية بين طرفين (أو أكثر) تنشئ حقوقاً أو التزامات لأي منهما أو لكليهما معاً.

وبصورة أخص، تعني الكلمة: اتفاقية تنطوي على عملية بيع أو شراء، أو إيجار، أو اقتراض، أو إقراض، أو نقل ملكية شيء ذي قيمة مقابل مبلغ من المال، أو أي شيء آخر له قيمة»[1].

---

[1] معجم مصطلحات الاقتصاد والمال: ٥٤٧.

وعندما يقال -لغوياً أو علمياً- : المعاملة اتفاقية بين طرفين أو أكثر، فإن ذلك يعني ما يصطلح عليه في الفقه والقانون بـ (**العقد**) الذي هو اتفاق يبرم بين طرفين العاقد والمعقود له.

إلاّ أنها في القانون تختص بالمعاملة الماليَّة، ذلك أن القانون المدني ينقسم إلى قسمين رئيسين: قسم الأحوال الشخصية، وقسم المعاملات، ويعرّف المعاملات بأنها «التي تنظم علاقة الفرد بغيره من حيث المال» [1].

ولأن المعاملة تعني العقد -فقهياً- قال في (الجواهر): «وتعريف الأولى (يعني المعاملات) بأنها المشتملة على الإيجاب والقبول.

أو بأنها المشتملة على رضى الطرفين. أو بأنها المتضمنة لقصد من الجانبين».

وفي (تحرير المجلة): «هي ما يكون الغرض المهم منها المال وتتوقف على طرفين».

فالمعاملة بمعناها الخاص هي اتفاقية بين طرفين على مبادلة مال بمال.

وهذا هو المعنى الحقيقي لها، وإطلاقها -فقهياً- على ما يعم الإيقاعات والأحكام فمن باب التغليب أو الاتساع في الاستعمال.

الفرق بين العبادة والمعاملة

وفرّق الفقهاء بين المعاملة والعبادة بالتالي:

- العبادات يراعى فيها أثناء التشريع أن يكون الغرض أو الهدف الأهم منها هو الآخرة، أي حصول الثواب في الحياة الآخرة.
- أما المعاملات فيراعى فيها أثناء التشريع أن يكون الغرض الأهم منها هو الدنيا، أي حصول النفع والمصلحة أو دفع الضرر و المفسدة في هذه الحياة الدنيا.

[1] الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: ١ / ١٠٣.

وعلى أساس هذا عرّف الشهيدُ الأولُ في (القواعد) المعاملةَ بقوله: «كل حكم شرعي يكون الغرض الأهم منه الدنيا، سواء كان لجلب النفع، أو دفع الضرر، يسمى معاملة».

وكذلك في (معجم لغة الفقهاء) فقد عرّفها بـ «الأحكام الشرعية المتعلقة بالأمور الدنيوية ».

وعرّفها أيضاً بـ «الأحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الدنيا ».

وهذه التعريفات –تعريف الشهيد وتعريفا المعجم– لم تهدف إلى بيان طبيعة المعاملة كسلوك يقوم به الإنسان مع الإنسان الآخَر، وإنما هدفت إلى بيان الفرق بين المعاملات والعبادات في غاية وهدف التشريع –كما أَلمحتُ– .

ولإيضاح هذا نقول: إن الإسلام باعتباره نظام حياة الإنسان المسلم كانت الغاية من تشريعه تنظيم علاقات الإنسان بالآخر.

فإن كان التنظيم لعلاقة الإنسان بالله تعالى فهو العبادة، وإن كان التنظيم لعلاقة الإنسان بالإنسان فهو المعاملة.

وهي –هنا– تعني المعاملة بمعناها العام أي بما يشمل العقود والإيقاعات والأحكام.

مفهوم المعاملة في الفقه

ويمكننا أن نخلص من هذا إلى أن للمعاملة في لغة الفقه استعمالين:

- تطلق ويراد بها معناها العام، وهو كل حكم غير عبادي.

وعلى هذا فهي تشمل ما يصطلح عليه فقهياً بالعقود والإيقاعات والأحكام.

- وتطلق ويراد بها معناها الخاص، وهو العقود فقط، وهو المعنى الحقيقي لها –كما أسلفتُ.

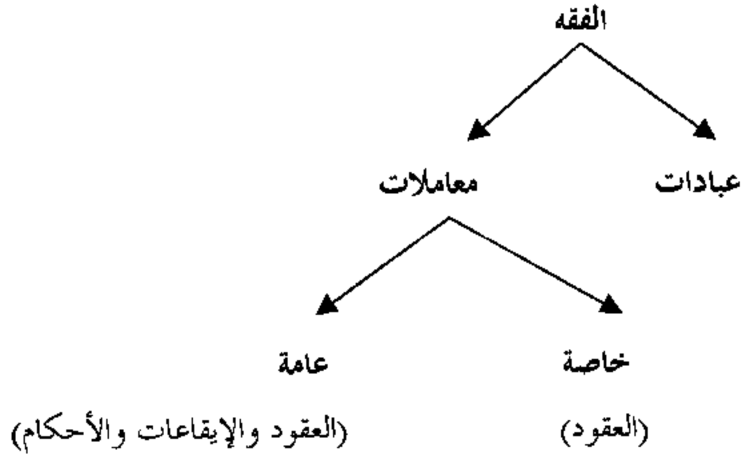
وعلى هذا، يمكننا أن نعرف المعاملة باعتبارها عقدا، بأنها:

اتفاقية شرعية بين طرفين تهدف إلى تنظيم العلاقة بينهما في المجال المتعامل فيه بما يحقق المصلحة،

ويبعد المفسدة.

أو قل: هي عقد شرعي بين طرفين.

الخلاصة :



ورأينا سابقا أن القانون خصص المعاملة بالتصرفات المالية تقول (الموسوعة العربية الميسرة) في تعريف المعاملات بأنها «ما عدا العبادات من أحكام الدين الإسلامي».

وتشمل حقوق الأسرة والإرث والوصية والهبة والتصرفات المالية والمرافعات الشرعية والجنايات وعقوباتها.

وقد تطلق -فقط- على التصرفات المالية بما فيها من عقود وقواعد عامة.

وعلى المعنى الأول سارت كتب الفقه القديمة.

ويلتقي المعنى الثاني مع منهج الشريعة في كليات الحقوق.

المال

تعريفه

عُرِّف المال لغوياً، وعُرِّف علمياً في الفقه والقانون والاقتصاد، ولأن تعريفه العلمي ينبثق من تعريف مُقوِّمات المالِيَّة، نستعرض أولا التعريف اللغوي، ثم ننطلق إلى التعريف العلمي بعد تعريفنا لُمقوِّمات المالِيَّة.

التعريف اللغوي:

قال ابن منظور في (لسان العرب): «المال معروف، ما ملكتَهُ من جميع الأشياء، والجمع أموال.

قال ابن الأثير: المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان.

وأكثر ما يطلق المال عند العرب على الإبل لأنها كانت أكثر أموالهم».

وفي (معجم ألفاظ القرآن الكريم): «المال: ما يملك من الأعيان كالذهب والفضة والحيوان والدار والشجر.

وأكثر ما كان يراد بالمال عند أهل البادية الإبل، يقول القائل منهم: خرجت إلى مالي، يريد إبله، وكان الحضري يقول: خرجت إلى مالٍ لي بالطائف، يريد ضيعته، وجمع المال أموال».

وفي (المغرّب): «وعن محمد (ره): المال: كل ما يتملكه الناس من دراهم أو دنانير أو ذهب أو فضة أو حنطة أو شعير أو خبز أو حيوان أو ثياب أو سلاح أو غير ذلك».

ونستفيد من هذه التعريفات اللغوية:

أ- أن كلمة المال -في البدء- كانت اسماً للنقد (الذهب والفضة) ثم صارت تطلق على النقد والعين.

ب- يغلب استعمال كلمة المال في الأعيان التي تعد ثروةً ومورداً لتنمية المال كالإبل عند أهل البوادي والضياع عند أهل الحواضر.

ج- اعتبار التملك أو قابليَّة أن يُملك عنصراً مقوِّماً لحقيقة المال.

ونخلص منه إلى أن المال -لغةً- هو ما يملك من النقود والأعيان.

أو قل: **المال**: هو (ما يملك من الأعيان)، على اعتبار أن مفهوم العين يشمل النقود أيضاً لأنها مادة ذات وجود خارجي، أو لأن من معاني كلمة (**عين**): النقد، ففي (مجمع البحرين): «**العين**: ما ضرب من الدنانير، ويجمع على أعيان».

مُقوِّمات الماليَّة

يراد بمُقوِّمات الماليَّة: العناصر الأساسية التي تعطي للشيء صفة الماليَّة، أو قل: قيمة الماليَّة، بحيث لا يكون مالاً إلاّ عند توافرها فيه وتوفره عليها.

والذي اطلعت عليه مما ذكر من مُقوِّمات ماليَّة الشيء، هو:

- ما جاء في (مجلة الأحكام العدلية) من أن «المال: ما يميل إليه طبع الإنسان، ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة».

وهذا يعني أن مُقوِّمات الماليَّة في رأي المجلة هما:

١- ميل الطبع إلى الشيء.

٢- إمكانية ادخاره.

- وفي كتاب (الدر المختار) عرّف المال بـ «ما يميل إليه الطبع، ويجري فيه البذل والمنع».

فمُقوِّمات الماليَّة في (الدر) هي:

١- ميل الطبع إلى الشيء.

٢- جريان البذل فيه والمنع.

ويريد بالبذل -هنا-: البذل لصيانة وإصلاح الشيء المتموَّل، وبالمنع: الحماية له والمحافظة عليه.

- وفي كتاب (المدخل الفقهي العام) يذهب مؤلفه الأستاذ الزرقاء إلى أن مالية الشيء تتقوم بعنصرين، هما:

١- العينية.

٢- العرف.

يقول: «إن المالية في نظر الفقهاء ترتكز على أساسين، وتقوم بعنصرين هامين، هما: العينية والعرف.

- والعينية يراد بها أن يكون المال شيئاً مادياً ذا وجود خارجي.

- والعرف أن يعتاد الناس كلهم أو بعضهم تموله وصيانته بحيث يجري فيه بذل ومنع.

فما لا يجري فيه ذلك بين الناس لا يعتبر مالاً، ولو كان عيناً ماديَّة كالإنسان الحر، وحبة القمح، وكسرة الخبز، وحفنة التراب، والجيفة.

وكذلك ما يعتاد الناس تموله وصيانته، ويجري فيه البذل والمنع، لكنه ليس عيناً مادية، فإنه لا يعتبر في نظرهم مالاً، بل قد يكون ملكاً أو حقاً كالمنافع والحقوق المحضة والديون.

وغني عن البيان أن عنصر العرف يستلزم القيمة، إذ لا يعتاد الناس هذا الاعتبار والصيانة في شيء بحيث يحمي تارة، ويُبذل أخرى، إلاّ لمنفعة مادية أو معنوية يقدرونها فيه، فتتوجه إليه الرغبات، وأن الرغبات يبذل في سبيل تحقيقها و تحصيلها أعراض مادية، وهذه هي القيمة المادية بالمعنى الاقتصادي العام».

ثم يستخلص تعريف المال في نظر الفقه الحنفي فيقول: «فمما تقدم نستطيع أن نعرّف المال في نظر فقهاء المذهب الحنفي بالتعريف التالي:

المال: هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس.

- فبـ (العين) خرجت المنافع و الحقوق المحضة مما عدوه ملكا لا مالا.

- وبـ (القيمة المادية) خرجت الأعيان التي لا قيمة لها بين الناس - مما تقدم بيانه - كحبة القمح والجيفة وإلخ.

على أن حبة القمح أو الرز وأمثالهما إنما لا تعتبر مالا في حالتها الطبيعية.

أما إذا دخلتها صنعة - مثلا - كما يكتبه مهرة الخطاطين على حبة قمح أو رز من أبيات شعر أو حكم قرآنية تجعل لها قيمة فنية أو دينية، فإلها عندئذ قد تصبح من أنفس الأموال، وكمثل بعض الآثار التي قد يحرص الناس على اقتنائها للذكرى مما ليس له قيمة في ذاته، ولكنه أصبح ذا قيمة بنسبته، كفضلة قلم أحد العلماء المشاهير، أو توقيعه، أو مسودة بخط أحد العظماء، ونحو ذلك مما يدخل في زمرة الآثار.

وقد أطلنا بعض الشيء في تحقيق هذا الموضوع لأنه يكاد يكون مهملا في كتب الفقه، والمذكور فيها وفي (المجلة) عن مفهوم المال مقتضب مشتت وغير محكم)).

- وفي كتاب (المكاسب) للشيخ الأنصاري تتقوم مالية الشيء بعنصرين، هما:

أن يكون للشيء منفعة متوفرة على وصفين، هما:

أ- أن تكون مقصودة عند أبناء العرف، أي معتبرة عندهم، ومطلوبة من قبلهم.

ب- أن تكون محللة شرعا، أي غير ملغى اعتبار ماليتها من قبل المشرع الإسلامي.

قال: «إن مالية الشيء إنما هي باعتبار منافعه المحللة، المقصـــودة منـــه، لا باعتبار مطلق الفوائد غير الملحوظة في ماليته، ولا باعتبار الفوائد الملحوظة المحرمة».

- وفي كتاب (تحرير المجلة) للشيخ آل كاشف الغطاء: « إن مدار العقـــود والمعاملات على الأموال، وليس للمال حقيقة عينية خارجية كســـائر الأعيـــان تتمحض في المالية تمحض سائر الأنواع في حقائقها النوعية، وإنما هـــو حقيقـــة اعتبارية ينتزعها العقلاء من الموجودات الخارجية التي تتقوم بها معايشهم وتســـد بها حاجاتهم الضرورية والكمالية، فمثلاً: الحبوب والأطعمة مال لأن البشر محتاج إليها في أقواته وحياته، وهكذا كل ما كان مثل ذا مـــن حاجـــات الملابـــس والمساكن ونحوها، قد انتزع العقلاء منها معنى وصفياً عرضياً يعبر عنه بالمال ».

- وفي كتاب (بحوث فقهية) للشيخ حسين الحلي بقلم تلميذه السيد عـــز الدين بحر العلوم: «مالية المال إنما تتقوم بتوفر جهة في الشيء توجـــب تنـــافس العقلاء فيه».

ثم ينوع المالية انطلاقاً من تعريفه المذكور إلى: مالية ذاتية ومالية اعتبارية.

وينوع المالية الاعتبارية على أساس من مصدر الاعتبار إلى: مالية متقومـــة باعتبار عام، وأخرى متقومة باعتبار خاص.

قال: «واستناداً إلى هذا (أي تقويم المالية المذكور) فإنّا نتمكن أن نتصـــور المال على نحوين:

النحو الأول: ما كانت ماليته ذاتية: وهو كل ما يحتاجه الإنسان بحســـب فطرته الأولية من المأكول والمشروب والملبوس، وما شاكل هذا.

وهذا النوع من المال لا تتوقف ماليته على جعل جاعل لتنافس العقلاء عليه، وإن لم يكن في البين جعل (أي اعتبار) من أحد أو جهة.

ويلحق بما ذكرناه من المأكول والملبوس ما كان كالحديد والخشب، ومـــا شابه.

النحو الثاني: ما كانت ماليته بالجعل (أي بالاعتبار).

وهذا لو لاحظناه لرأيناه على قسمين:

القسم الأول: ما كان فيه الجعل (الاعتبار) عاماً يشترك فيه جميـــع البشـــر باختلاف عصورهم وبيئاقم بدافـــع مـــن الشـــعور بالحاجـــة الجماعيـــة (أي الاجتماعية) لمثله.

وهذا يتصور في الأحجار الكريمة النادرة كالذهب والفضة والماس، وغيرها.

القسم الثاني: ما كان اعتباره خاصاً.

وهذا تارة يكون اعتباره من قبل دولة أو بنك ليقوم مقـــام القســـم الأول كالأوراق النقدية-مثلاً- وكثيراً ما حصلت لها تغطية مما له قيمة ذاتية أو مجعولـة بالجعل العام ليعم اعتبارها كما هو الشأن في الدينار العراقي.

وأخرى ما يكون اعتباره بالنظر لما يترتب عليه من الآثار الخاصة كطوابـــع البريد وتذاكر القطار وبطاقات اليانصيب وتذاكـــر مصـــالح نقـــل الركـــاب (أتوبيسات النقل الجماعي)، وغير هذه مما كانت الورقة فيه فاقدة للاعتبار المـــالي لو تجردت عن الآثار الخاصة المترتبة عليها من قبل الدولة أو البنك.

فمثلاً ورقة الطابع لا قيمة لها لو لم تتعهد الحكومة في قبالها بـــأن توصـــل الرسالة أو الرزمة إلى أي محل شاء المرسل مقابل هذا الطابع.

وكذا الطوابع المالية فإن السنـــد الذي يحمل هـــذه الورقة يعتبر ذا أهميـــة في نظر الدولـــة والعرف.

وهكذا الحال في بقية ما كان من هذا القبيل.

وهذه آثار معتبرة توجب أن يتنافس عليها العقلاء فيبذلون بإزائها الأموال.

وطبيعي أن قوام مالية الشيء -كما قلنا- أن يكون موضوعاً لغرض يبعث على تنافس العقلاء فيه.

وقد عرفت: أن هذا التنافس منوط بهذا الأثر الذي رتب عليها، وإلاّ فلا قيمة لتلك الأوراق لو خليت ونفسها مجردة عن تلك الآثار.

أما الفرق بين هذين النحوين من القسم الثاني فهو:

أن مالية ما كان على شاكلة طوابع البريد - مثلاً - إنما كانت بالاعتبار للأثر المترتب عليها، وهي في نفس الوقت غير معتبرة من جانب العقلاء مالاً، بل هي ورقة يترتب عليها أثر خاص في نطاق اعتبار جعلها.

وأما مالية النحو الأول كالدينار - مثلاً - فإن هذه الورقة قد أصبحت بالفعل مالاً بواسطة الجعل والاعتبار، فلا فرق بينها وبين المعادن والأحجار الكريمة، بل قد يرجح العقلاء في كثير من الموارد الأوراق النقدية ويفضلونها على المعادن وما شاكلها، لأن الورق أخف للنقل، والتعامل به من الذهب والفضة وغيرهما)).

- واقتصادياً تُقوّم مالية الشيء بعنصرين، هما:

١- ندرة الشيء.

٢- وصلاحيته لقضاء الحاجة أو تلبية الرغبة.

يقول الدكتور عزمي رجب في كتابه(الاقتصاد السياسي ط٨ ص٢٤:

((وهم (يعني الاقتصاديين) لا يعتبرون المال اقتصادياً إلاّ إذا اقترن بميزتين اثنتين:

الأولى: أن يكون نادراً.

أي أن تكون كميته محدودة بالنسبة إلى طلب الناس له.

ومن هنا كان لزاماً على طالبه أن يقدم ثمناً للحصول عليه.

الثانية: أن يكون صالحا – ولو في نظر راغبه – لقضاء حاجة ما، أو تلبيسة رغبة لديه.

فالأموال الاقتصادية –إذن– أموال نادرة نسبيا، وهي تشمل الأشياء المادية من منتجات وأدوات وبضائع مختلفة –وهي المعبر عنها في اللغة الاقتصادية بلفظة (السلع)–، والأشياء غير المادية–أو المعنوية المعروفة باصطلاح الخدمات– وهي الخدمات أو الأعمال التي يقدمها الأشخاص مباشرة كأصحاب المهن الحرة، أو المؤسسات الخاصة والعامة كالمصارف وشركات السفر والإدارات الحكومية.

أما الأشياء والأموال المتوفرة بغزارة في الطبيعة والتي لا يوجب الحصول عليها بذل أي ثمن كالهواء ونور الشمس والماء في منابعه أو في الأنهار وما شابه ذلك، فهي ليست من الأموال الاقتصادية في المفهوم المتقدم.

فيمكن تلخيص عبارة (المال الاقتصادي) – إذن – بأنه المال الذي يحقق رغبة أو يقضي حاجة، والذي يكون نادرا، بمعنى: لا يكون الحصول عليه إلا مقابل عمل أو ثمن معين)).

ويعرف الحاجة بأنها ((شعور شخصي بالرغبة في الحصول على شيء معين. والحاجة في اللغة الاقتصادية أوسع نطاقا منها في اللغة الجارية، فهي لا تقتصر على الأشياء الضرورية أو الملحة كالمأكل والمشرب والملبس أو ما شابه ذلك .. ولكنها تتعداها إلى كل ما يطيب للإنسان أن يتمنى أو يطلب، سواء أكان الشيء المطلوب ماديا أم معنويا، نافعا أم ضارا)).

ويعرف الرغبة بأنها ((شعور شخصي بالميل للحصول على شيء من الأشياء يختلف حدة باختلاف مدى أهمية هذا الشيء في نظر صاحب الرغبة)).

والمقارنة بين هذه المقومات المذكورة تقوم على أساس إدراج بعضها تحت عنوان البعض الآخر، وفي إطار مبدأ الحلال والحرام الشرعيين، وكالتالي:

كان المقوم الأول من مقومات مالية الشيء في رأي (المجلة) و (الدر) ميل الإنسان بطبعه إلى الشيء.

والميل إلى الشيء: يعني حب ذلك الشيء والانحياز إليه.

والطبع: الجبلة التي فطر الإنسان عليها.

وميل الطبع -إراديا كان أو غير إرادي- لا يصدر من الإنسان كشعور أو سلوك إلا إذا واجه سببا مثيرا أو عاملا حافزا، وهو هنا ليس إلا وجود ما يشبع حاجة الإنسان أو يلبي رغبته في ذلك الشيء.

وبهذا نستطيع أن نفسر سبب ميل الطبع بوجود الصلاحية في الشيء لإشباع الحاجة أو تلبية الرغبة.

وكذلك يمكننا أن نفسر العرف في تعريف الزرقاء، وتقدير وجود المنفعة في الشيء في نظر العرف في تعريف الأنصاري، ووجود جهة في الشيء توجب تنافس العقلاء فيه في تعريفي كاشف الغطاء والحلي، نفسرها بصلاحية الشيء لقضاء الحاجة وإجابة الرغبة.

ومن هنا: لنا أن نعبر عن هذه المذكورات جميعا بصلاحية الشيء لتلبية الرغبة أو إشباع الحاجة.

أما إمكانية الادخار في تعريف المجلة، وجريان البذل والمنع في تعريف الدر فترجع إلى ما يتوفر عليه الشيء المتمول من قيمة مالية، فالادخار إنما هو للاحتفاظ بسبب وجدان هذه القيمة المالية في الشيء، وكذلك البذل فيه لصيانته والمنع له أي حمايته إنما هو بسبب ما هو موجود فيه من قيمة مالية.

ويحمل على هذا -أيضا- اشتراط كون الشيء نادرا فإنما هو للاحتفاظ بقيمته المالية.

وفي ضوئه نستطيع أن نعبر عن هذه جميعها بالاحتفاظ بالقيمة المالية للشيء.

يبقى عندنا عنصر العينية في تعريف الأستاذ الزرقاء، وهذا يرجع إلى أن المال لا يقع إلا على الأعيان أشياء كانت أو نقودا، وهو الرأي المشهور.

فذكره إنما هو لتخصيص المـــال بالأعيـــان، و هي مسألة خلافية، ســـوف نأتي على تبيانها عند ذكرنا لـــ (مفردات المال).

وبعد هذه المقارنة المتواضعة، علينا أن نحدد مقومـــات الماليـــة بـــالعنصرين التاليين:

١- صلاحية الشيء لتلبية رغبة الإنسان أو إشباع حاجته.

٢- قابلية الشيء للاحتفاظ بقيمته المالية.

ولنا أن نعرف المال - على أساس من توفر هذين العنصرين في الشـــيء - بأنه كل شيء فيه الصلاحية لتلبية رغبة الإنسان أو إشباع حاجتـــه، والقابليـــة للاحتفاظ بقيمته المالية.

والذي يحدد توافر هذين العنصرين في الشيء ليكون مالا هو العرف.

وهو - أعني العرف - يختلف باختلاف الأمصار والأعصـــار، واختـــلاف المجتمعات والبيئات.

وعليه نقول: إن ما يعتبره العرف مالا فهو المال.

وألمح إلى هذا، الفيومي في (المصباح المنير) بقوله: «فقول الفقـــهاء: (مـــا يتمول) أي ما يعد مالا في العرف».

ولأننا نعلم - بالضرورة - أن المشرع الإسلامي أهدر وألغى مالية بعـــض الأشياء كالخمر وأمثالها، يمكننا أن نختصر المقومين السابقين (الصلاحية والقابلية) بعبارة (اعتبار العرف)، ونضيف إليها تحليل الشرع مقوما ثانيا، فنقول: مقومات المالية هي:

١- اعتبار العرف.

٢- وتحليل الشرع.

وهذا يشمل كل ما يصلح لأن يتملك، ويصح - شرعا - تملكه، عينا كان أو نقدا أو انتفاعا أو ارتفاقا أو دينا أو حقا، وهي التي أطلقت عليها عنوان مفردات المال.

ولابد من الإشارة - هنا وقبل الانتقال إلى تعريف مفردات المال - إلى أن القانون المدني يختلف في تعريفه للمال عنه في علم الفقه.

فـ «المال (قانونيا) هو الحق ذو القيمة المالية» [1].

ويقول الدكتور السنهوري في (الوسيط ١٠٣/١) «والمال -في نظر القانون- يتكون من حقوق.

والحق في المعاملات (المالية) مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد.

وهو إما حق عيني أو حق شخصي.

والحق العيني: هو سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين.

أما الحق الشخصي: فهو رابطة ما بين شخصين دائن ومدين، يخول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل».

أما الشيء الذي يعتد مالا في نظر الفقه هو «محل ذلك الحق» أي هو ما يتعلق به ذلك الحق الذي هو المال. والفرق بين الرأي الفقهي والرأي القانوني هو أن المالية في الرأي الفقهي صفة للشيء، أو قل: قيمة اعتبارية للشيء، سواء تعلق به حق لإنسان أم لم يتعلق به.

بينما هي -أعني المالية- في القانون تعني نفس الحق الذي يتعلق بذلك الشيء ذي القيمة المالية.

---

[1] المبادئ القانونية العامة : ٢٥٤ .

وبتعبير آخر: المالية -فقهيا- هي الشيء الذي يتعلق به الحق، وقانونيا هي الحق المتعلق بالشيء.

وقد يرجع هذا الفرق - وإن لم يشر إليه لغويا في حدود اطلاعي - إلى أصل كلمة (مال).

- فهل هي من الميل أي ميل الطبع إلي الشيء المرغوب فيه.

- أو هي من (مالي) و (مالك) و (ماله) المؤلفة من (ما) الموصولة، واللام الجارة والضمير المجرور الذي حذف بسبب كثرة الاستعمال للتخفيف وأصبحت الجملة أو شبه الجملة بعد الحذف اسما أي مفردا.

فعلى الأول هو الشيء الذي يصلح لتعلق الحق به.

وعلى الثاني هو الحق الذي يتعلق بالشيء.

ولأننا ندرس الموضوع -هنا- فقهيا يكون التعريف الفقهي هو الأساس للبناء عليه، والنقطة للانطلاق منها.

مفردات المال

يراد بمفردات المال: الأشياء القابلة للتمول، ولكن في ضوء ما ذكرناه من مقومات المالية وتعريف المال.

وتتنوع هذه الأشياء القابلة للتمول بحسب طبيعتها إلى المفردات التالية:

١ - الأعيان.

٢- النقود.

٣- المنافع.

٤- القروض.

٥- الحقوق.

وسنتناول كل مفردة من هذه المفردات بإيضاح مفهومها و توضيح المقصود منها في حدود ما يرتبط بدراستنا هذه.

الأعيان :

يقصد بالأعيان – هنا – الأشياء المادية ذات الوجود الخارجي، وفي مقابلة النقود التي هي الأخرى أشياء مادية لها وجود خارجي، إلا أنها اتصفت بصفة النقدية فتميزت بهذا عن الأشياء المادية الأخرى التي هي الأعيان.

وقد تطلق كلمة العين في الاستعمال الاجتماعي، وفي اللغة العلمية كلغة الفقه والقانون والاقتصاد على ما يعم الأشياء المادية مطلقا نقدية وغير نقدية.

والأعيان –كمصطلح علمي في المجال المذكور– تشمل الماديات المنقولة، والأخرى غير المنقولة.

فهي –على هذا– تعم الأرض والمواد الخام والمواد المصنعة والحيوان والنبات وما شابه مما يقبل التمول.

النقود :

يعرف المعجم اللغوي العربي النقد بأنه ((العملة من الذهب أو الفضة أو غيرهما مما يتعامل به)).

ويبدو أن الوحدات النقدية ما كانت تعرف قديما باسم (النقد) أو باسم (العملة)، وإنما كانت تعرف باسم (المال **Money**) ، ففي (معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال): ((عملة مال **Money** تعني الكلمة في أصلها اللاتيني النقود المسكوكة في معبد (جونومونيتا) الذي كان دارا لضرب النقود في الإمبراطورية الرومانية)).

ثم تطورت في استعمالها حتى أصبحت ((تعني –الآن– أية وسيلة أو واسطة متداولة للتبادل، مقبولة على نطاق واسع كمعيار أو مقياس لقيمة الأشياء.

والكلمة تشمل - بمعناها الضيق - النقود المعدنية و الورقية التي تصدرها الحكومة.

وهي تشمل كذلك - بمعناها الواسع - الأشياء التي يمكن قبولها لتسديد أثمان البضائع والخدمات والديون كالشيكات والحوالات والكمبيالات».

كان هذا التطور الاستعمالي في غير لغتنا العربية، أما فيها فقد «ذكر جمع من المؤرخين: أن النقود التي كانت جارية في بلاد العرب في الجاهلية وصدر الإسلام هي النقود التي كانت مسكوكة بسكة ملوك الروم والفرس، وكان أكثر ما ترد إليهم من الروم دنانير قيصرية، وأكثر ما ترد إليهم من الفرس دراهم كسروية، وكانوا يطلقون على النقود الذهبية (العين)، وعلى النقود الفضية (الورق)...»[1].

ثم استعملت كلمة (نقد) اسما للعملة، أخذا من مهنة الصيرفة التي تقوم بنقد الدنانير والدراهم لتبيان خلوصها من شائبة الغش.

ذلك أن عملية النقد تعني النقر حيث ينقر الصيرفي العملة الذهبية أو الفضية لمعرفة سلامتها من الزيف، قال ابن منظور في (لسان العرب): «النقد والتنقاد: تمييز الدراهم وإخراج الزيف منها، وأنشد سيبويه:

تنفي يداها الحصى في كل هاجرة   نفي الدنانير تنقاد الصياريف

ورواية سيبويه: (نفي الدراهيم) ، وهو جمع درهم على غير قياس، أو درهام على القياس فيمن قاله ».

وقال أيضا: «ونقدت الدراهم وانتقدها إذا أخرجت منها الزيف ».

ثم استعملت الكلمة اسما للذهب والفضة المسكوكين.

[1] تاريخ النقود الإسلامية للسيد المازندراني، ط٣، ص٣٣ .

وبعد ذلك توسعوا في استعمالها فشملت جميع الوحدات النقدية ذهبا كانت أو فضة أو غيرهما.

ولأنها يتعامل بها في التبادل سميت بـــ (العملة)، وهي من المولد كما يرمـــز لهذا المعجم الوسيط.

وإذا ذهبنا – بعد هذا – إلى علم الاقتصاد نلتمس فيه تعريف النقود، فسنراه يقوم على أساس من تحديد وظائفها، ثم اعتماد تلكم الوظائف في التعريف.

وأهم الوظائف التي ذكرها الاقتصاديون للنقود، هي:

١– اعتبار النقود مقياسا لتقدير قيمة السلعة مقارنة بالسلع الأخرى.

فمثلا إذا أردنا أن نعرف قيمة لحم الغنم بالنسبة إلى قيمة الرز فإننا نتوصـــل إلى هذا عن طريق الوحدة النقدية، فإذا كان كيلو اللحم بعشرين ريالا وكيلـــو الرز بعشرة ريالات يكون الفارق بينهما الضعف، وهذا يعني أن قيمة اللحـــم ضعف قيمة الرز.

٢– اعتبار النقود وسيطا لتبادل السلع.

فقد كان التبادل قبل اختراع النقود يعتمد فيه طريقة المقايضة **Barter** ، التي تعني: «مبادلة السلع بسلع أخرى مباشرة، أو مبادلة سلع بخدمات» .

أي يتم التبادل هكذا : س ←— س .

ولكن لما في المقايضات من صعوبات ذكرها علماء الاقتصاد ومن أهمـــها: صعوبة توافر الرغبات المشتركة أو المتوافقة بين الأطـــراف المتبادلـــة للســـلع، اخـــترعت النقـــود وسيطـــا لتبـــادل الســـلع، فصـــار التبادل يتـــم هكذا: سلعة ←— نقد ←— سلعة، (س ← ن ← س).

٣ – اعتبار النقود مستودعا للقيمة.

وذلك بادخارها لوقت الحاجة إليها، ويعود هذا لما في النقود من قابلية لاختزان القيمة والمحافظة عليها.

وعلى أساس من هذه الوظائف قام تعريف النقود في علم الاقتصاد.

يقول الدكتور قريصة في كتابه (النقود والبنوك) - ط١٤٠٤هـ ص٢٠-٢١ نقلا عن كتاب (الموجز في اقتصاديات النقود) تأليف ج. ف. كراوزر، ترجمة الدكتور مصطفى فايد، ص ٢٤-: ((يمكن أن تعرف النقود بالنسبة للوظائف التي تؤديها: فهي أي شيء يلقى قبولا عاما كوسيط للتبادل، ويستخدم في نفس الوقت مقياسا للقيم ومستودعا لها)) .

ويقول الدكتور شامية في كتابه (النقود والمصارف)- ط١ ص١٨-١٩: ((تعرف النقود: أنها أي شيء يحظى بالقبول العام في التداول، وله قوة شرائية عامة، يستخدم وسيطا في التبادل، ومقياسا للقيم)).

ثم يعلق على تعريفه بالتوضيح التالي: ((ومن الواضح أن هذا التعريف يعكس تطور النقود خلال المراحل المختلفة التي مرت بها. و يثير هذا التعريف الملاحظات التالية:

١- من الملاحظ أننا استخدمنا كلمة أي شيء، في تعريف النقود، وهو ما يعني تعدد وتنوع الأشياء التي استخدمت نقودا، خلال المراحل المختلفة لتطور الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية، التي ترافقت مع التطور الحضاري للمجتمعات.

ففي مرحلة أولى انتشر استخدام النقود السلعية، كالجلود والماشية والقواقع والإبل.

وفي مرحلة تالية اعتمدت الجماعات على النقود المعدنية مثل الحديد والبرونز والفضة والذهب.

ثم استخدام النقود الورقية.

ومن ثم النقود المصرفية في العصر الحاضر.

٢- إن استخدام جملة، يحظى بالقبول العام في التداول، يعني أن يقبل ويتفق جميع أفراد المجتمع، استخدام هذا الشيء في التداول، لإتمام المعاملات الاقتصادية فيما بينهم.

٣- يلاحظ استخدام عبارة له قوة شرائية عامة، يعني أن يتخلى الأفراد عما يمتلكون من سلع، في سبيل الحصول على هذا الشيء المستخدم كنقود، وبكميات غير محدودة، ومن ثم شراء ما يحتاجون إليه من سلع في الحال أو في وقت لاحق.

٤- يلاحظ أنه تمت الإشارة في التعريف إلى الوظائف الأساسية للنقود وهي وسيط للتبادل ومقياس للقيمة، بمعنى أن الشيء الذي يستطيع أن يؤدي هاتين الوظيفتين، فإنه يستطيع بالتالي أن يقوم بالوظائف الأخرى للنقود وهذا ما جعل بعض الاقتصاديين، عند تعريفهم للنقود، أن يذكروا جميع وظائف النقود، وهو ما يجعل التعريفات الشائعة للنقود، هي تعريفات وظيفية، تعتمد على ما تقوم به النقود من وظائف وبناء على ذلك فإن التعريف الموجز للنقود هو «أن النقود هي كل ما تفعله النقود».

ويقول الدكتور الشمري في كتابه (النقود والمصارف) - ط١٤٠٨هـ، ص٣٢-٣٤ : -

«بعد أن ذكرنا بإيجاز كيفية تطور الحياة الاقتصادية الإنسانية، وتدرجها من مرحلة «المقايضة» (س$_1$ ، س$_2$) إلى مرحلة التبادل فيما بين السلع والخدمات

اعتمادا على عنصر (وسيط) في التبادل (س١ ، ن ، س٢) ، وكان ومازال هذا العنصر الوسيط في التبادل يتمثل في النقود (**Money**).

لهذا كان توصل البشرية إلى التعامل بالنقود وسيلة للمبادلة يعد من التحولات المهمة والحاسمة في تسهيل المبادلات وتسويتها فيما بين الأفراد والجماعات.

وأبسط صور هذا التحول يتضح في تغير دائرة التبادل السلعي وتوسعها، فبدلا من اقتصارها في بداية الأمر على مقايضة سلعة بأخرى مباشرة ودون وسيط يفصل بين عمليتي البيع والشراء، أصبحت هذه الدائرة تتسع لتبادل سلعة بأخرى بصورة غير مباشرة عن طريق وسيط بينهما يساعد على تبادل السلع المختلفة بسهولة.

لذلك يمكن اعتبار أي وسيط للتبادل فيما بين سلعتين أو خدمتين أو أكثر بمثابة (نقود) بشرط أن يكون هذا الوسيط قابلا لأداء وظائف أخرى تكميلية لمهمته الأساسية المذكورة وأن يكون مقبولا قبولا عاما لدى الأطراف المتعاملة بهذا الوسيط.

وهذا المعنى ينطبق إلى حد كبير و يتفق مع التعريف السائد للنقود في أنها «كل شيء يلاقي قبولا عاما بين الناس وسيطا للتبادل أو لإبراء الديون يسمى نقودا ». ويعني هذا التعريف المبسط للنقود أن قبول الناس أو الأفراد لأي شيء قبولا عاما وسيطا للتبادل وأداة لتسوية الديون وإبراء الذمم يعطي لهذا الشيء صفة النقود.

لذا فإن النقود «هي أي شيء يؤدي وظيفة النقود .. : « **Money is what Money does** » فكل ما يتمتع بقبول عام في تسهيل التبادل وتسوية

الديون يعد نقودا، ولا اعتبار بعد ذلك لمـــادة هـــذا الشيء أو لــــــــخصائصه الذاتية أو للجهة التي أصدرته)) [1].

ويمكن مما تقدم الاستنتاج بأن النقود لا تطلب لذاتها كسلعة يمكنها إشـــباع الحاجات الإنسانية والاستهلاكية والإنتاجية بصورة مباشرة بل أنها تطلب لغرض استخدامها لتحقيق منفعة استهلاكية معينة وتطلب أيضا لتسهيل تبادل الســـلع والخدمات المختلفة في أثناء عمليات الإنتاج. أي أن النقود يمكنها أن تلبي الحاجة الإنسانية الاستهلاكية والإنتاجية بصورة غير مباشرة عن طريـــق اســـتخدامها وسيلة للحصول على السلع والخدمات الاستهلاكية الإنتاجية ويمكن التوصل إلى تعريف إجرائي للنقود في أنها:

((كل شيء يقبله الجميع قبولا عاما بحكم العرف أو القانون أو قيمة الشـــيء نفسه ويكون قادرا على أن يكون وسيطا في عمليات التبادل المختلفـــة للســـلع والخدمات ويكون صالحا لتسوية الديون وإبراء الذمم فهو عبارة عن نقود.

---

[1] ويمكن إرجاع سبب قبول الأفراد للنقود قبولا عاما إلى سببين أساسيين ينبعان من قيمتها السلعية وقيمتها الاسمية، فالمـــدرسة (السلعية) ترجع سبب القبول إلى قبول النقود كسلعة اقتصادية، وهذا يمكن أن ينطبق مع الواقـــع التاريخي لتطور النقود من شكلها الســـلعي إلى شكلها الورقي، أما المدرسة الثانية (المدرسة الاسمية أو الرمزية) فترجع السبب في القبـــول العام للنقود إلى قوة القانون والأعراف وهـــذا يمكن أن ينطبق علـــى الصـــورة والحالـــة المعاصرة للنقود: لمزيد من التفصيل انظر:

د . عبد المنعم السيد علي ((اقتصاديات النقود والمصارف)) / مطبعة جامعة الموصل / سنة ١٩٨٥ / ص٣٢ .

د . محمد زكي شافعي ((مقدمة في النقود والبنوك)) دار النهضة العربية / القاهرة / سنة ١٩٦٤ / ص٢١ .

إن الأهمية الحقيقية للنقود لا تقتصر على تأديتها لوظيفتها الأساسية وسيطا للتبادل فحسب وإنما تظهر أهميتها أيضا من خلال الوظائف الأخرى الأساسية والثانوية التي يمكن أن تقدم بها النقود في الحياة الاقتصادية)).

أنواعها:

تقسم النقود -اقتصاديا- تقسيمات متعددة ومختلفة بتعدد واختلاف الاعتبارات التي اتخذت أساسا للقسمة.

وأشهر تقسيم من هذه التقسيمات وألصقها بطبيعة النقود واستخداماتها، ذلك التقسيم الذي يرتبط بواقع نشأة النقود و تطورها، والذي يقسم النقود إلى قسمين:

١ - نقود سلعية **Commodity Money**

٢ - نقود ائتمانية **Credit Currency**

ثم يقسم النقود الائتمانية إلى قسمين أيضا:

أ- نقود ورقية .

ب- نقود مصرفية (نقود ودائع) .

- النقود السلعية:

سميت بهذا الاسم نسبة إلى السلعة، والسلعة -كما يعرفها المعجم الوسيط- : ((كل ما يتجر به من البضاعة)) .

وتعد هذه النقود -تاريخيا- المرحلة الثانية للنقود التي استعملها الإنسان بعد أن انتقل من مرحلة المقايضة إلى مرحلة النقود.

ذلك أنه كان يستخدم في المرحلة الأولى (مرحلة اختراع النقد) الحجارة أو الخرز وأمثالهما مما تعطيه الدولة أو العرف الاجتماعي الاعتبار والقيمة المالية.

ثم في المرحلة الثانية استعمل الإنسان السلع مقام الحجر وأمثاله، نقودا تعامل بها وتداولها، وهي مثل القمح والشاي والقماش والتبغ وغيرها.

واعتمد الإنسان في استخدامه لهذه السلع نقودا، على قبول العرف لها واعتباره إياها، ويرجع هذا إلى أنها أيسر في تسهيل المبادلات، وأسهل في تيسير القدرة على الوفاء بالالتزامات.

وإلى جانب استعمال الإنسان لأمثال السلع المذكورة استعمل سلعا أخرى معدنية كالذهب والفضة والحديد والنحاس والزنك والقصدير وغيرها.

((ولا تختلف النقود المعدنية عن سابقتها من بقية أنواع النقود السلعية في تأدية نفس الوظائف الأساسية للنقود في كونها قادرة على أن تكون وسيطا للتبادل، ومعيارا للقيمة، ومخزنا لها، وأداة للدفع المؤجل، والادخار، فضلا عن أنها تتميز عن النقود السلعية في أنها معادن نفيسة (كالذهب والفضة) مما يجعلها تتمتع بندرة نسبية، هذه الندرة تدعم قيمتها بالقياس إلى الأنواع الأخرى من النقود السلعية، كما أنها غير معرضة للتلف مما يساعد على استخدامها مخزنا للقيمة، وقابلة للتجزئة إلى وحدات أصغر مما يسهل التعامل بها، وإلى أنها سهلة النقل، ويمكن التعرف إليها بواسطة العين المجردة))[1].

وأمام استعمال الإنسان للنقود المعدنية انحسر استعماله للنقود السلعية غير المعدنية إلا قليلا.

ويرجع هذا لما في النقود المعدنية من يسر التعامل بها وسهولة تقدير أقيام السلع بواسطتها، وإمكانية ادخارها، مع المحافظة على قيمتها المالية.

– النقود الائتمانية :

---

[1] النقود والمصارف للشمري ٢٢

ويقال لها أيضا النقود الاعتمادية، والنقود المعتمدة نسبة إلى اعتمادها من قبل الحكومات التي تصدرها، وائتمان الناس للحكومة التي أصدرتها وثقتهم بها.

وعامل نشوء هذه النقود الائتمانية هو تراجع أهمية النقود المعدنية وانحسار دورها في الحياة الاقتصادية أثناء الحرب العالمية الأولى من سنة ١٩١٤ - إلى سنة ١٩١٨ م [١] .

((إن النقود الائتمانية تكتسب أهميتها الفعلية من خلال قبولها العام المبني على أساس قدرتها في توفير عنصر الثقة في تحويلها إلى السلعة المرتبطة بها، وعادة ما كانت هذه السلعة هي (الذهب) مثل تحويل الجنيه الإسترليني أو الدولار الأمريكي إلى ما يساويه، أو ما يعادل قيمته من الذهب في حينه.

كما أن النقود الائتمانية تعد دينا لحاملها على ذمة الجهة التي أصدرتها، وحقا لصاحبها في الحصول على ما يساويها من السلع والخدمات)) [٢] .

- النقود الورقية :

وهي المعروفة بـ (العملة الورقية **Bank note**) التي تصدرها السلطة النقدية في الدولة المتمثلة بالبنوك المركزية أو مؤسسات النقد وأمثالهما.

وهي عبارة عن وثائق متداولة تمثل دينا معينا في ذمة السلطة النقدية التي أصدرتها لحاملها.

و ((يرجع تاريخ التعامل بالنقود الورقية إلى الفترة التي انتشرت فيها عادة الاحتفاظ بالنقود المعدنية لدى التجار والصيارفة الذين كانوا يقبلون إيداع الأفراد لنقودهم والاحتفاظ بها لديهم مقابل منح المودعين إيصالات أو سندات

---

[١] م. س ٤٢.

[٢] م. س ٤٣.

تتضمن كمية الأموال المودعة مع تعهد بإعادتها و دفعها لحامل السند أو الإيصال عند الطلب وبدون تأخير.

وبعد فترة زمنية أصبح الأفراد المودعون والصيارفة أيضا راغبين في استخدام هذه الإيصالات أو السندات أداة لتسوية المدفوعات وإبراء الديون في ما بين الأطراف الدائنة والمدينة مقابل الحصول على فوائد نقدية محددة.

فالمودع قادر على استخدام السند أو الوصل في تسوية مدفوعاته والصيرفي أو التاجر (ثم المصرف فيما بعد) يحصل على مكافأة نقدية تتمثل في دفع المودع لمبلغ الرسم المحدد والمتفق عليه مقابل الخدمة التي حصل عليها في إنجاز تسوية ديونه والمحافظة على أمواله من السرقة والضياع.

وقد لاحظ الصيارفة أن الأموال المودعة لديهم لا يتم سحبها كاملة في وقت واحد، مما دفعهم إلى إصدار إيصالات جديدة إلا أنها لا تستند إلى ودائع حقيقية مودعة لديهم، هذه الإيصالات أصبحت كسابقتها مقبولة لدى الآخرين إذ أنها يمكن أن تؤدي وظيفة النقود الأساسية وسيطا للتبادل وبمعنى آخر أصبحت نقودا ورقية مقبولة قبولا عاما وإن كانت لا تساوي حجم الودائع المعدنية بل عادة ما كانت تزيد عنها وتفوقها حجما، وهذا الحال دفع بالدولة إلى أن تضطلع بدورها في التدخل في تنظيم عملية الإصدار للنقود الورقية ونشأت بموجب ذلك البنوك المركزية التي أخذت على عاتقها مهمة الإصدار النقدي كجهة وحيدة ومحتكرة لعملية الإصدار النقدي الورقي الإلزامي الذي نتعامل به حاليا. وصفة الإلزام في النقود الورقية على مستوى التعامل بها نابع من قوة القانون إذ لا يحق للأفراد أو الهيئات التي بحوزتها هذه النقود المطالبة بتحويلها

إلى ما يعادلها أو ما يساوي قيمتها من المعدن المغطاة به (كالذهب في حينه) .. »[1].

– النقود المصرفية :

والاسم المشتهر لها هو (نقود ودائع) .

« وتعود تسمية هذا النوع من النقود بـ (النقود المصرفية) كنوع من مكونات وأنواع النقود الائتمانية إلى كونها نقود ودائع.

والمقصود بالودائع – هنا – الودائع الجارية (أو الودائع تحت الطلب).

وهي عبارة عن الأموال التي يودعها طرف معين لدى المصرف التجاري.

وتكون هذه الأموال المودعة قابلة للسحب من قبل المودع في أي وقت يشاء فيه سحبها بواسطة توجيه أمر من المودع (الدائن) إلى المصرف التجاري (المدين) عن طريق (الشيكات) التي تلزم الطرف المدين بدفع المبلغ المذكور في الشيك لمصلحة حامله أو لأمره أو لأي طرف آخر (المستفيد) .

وهذه الأوامر بالدفع (الشيكات المصرفية) تعتبر أداة أو وسيلة لتسوية المبادلات والمدفوعات وإبراء الذمم.

لذلك فهي تقوم مقام النقود الاعتيادية لأنها تؤدي وظائف الأخيرة، ولأنها ديون في ذمة المصارف لصالح المودعين .. ولهذا سميت بالنقود المصرفية أو نقود الودائع » .

« وتشترك نقود الودائع مع النقود الورقية في كونها ديونا لصالح مالكها أو حاملها في ذمة الجهة التي تلتزم بها وهي البنوك التجارية في حالة نقود الودائع، أو البنك المركزي في حالة النقد الورقي، أو قبل الدولة عموما بعد تأميم البنك المركزي والبنوك التجارية كما هي الحال في النظام المصري المعاصر.

---

[1] م . س ٤٣ – ٤٤.

وتختلف الودائع أو النقود المصرفية عن النقود الورقية والسلعية من حيث أن ليس لها كيان مادي ملموس.

كما أن الشيك الذي تتداول هذه النقود بواسطته لا يتمتع بالقبول العلم في التداول حيث لا يلزم القانون الدائنين على قبوله، بمعنى أن المدينين لا يستطيعون إلزام الدائنين والبائعين على قبول
الشيك في إبراء الديون وتسديد أثمان المشتريات.

وبالرغم من هذه القصور نجد هذا النوع من النقود يمثل الجانب الغالب من العرض الكلي للنقود في البلاد المتقدمة اقتصاديا، ففي الولايات المتحدة – مثلا – يبلغ حجم النقد المصرفي أو نقد الودائع حوالي ٩٠% من العرض الكلي للنقود.

ويجب أن نتذكر أن الوديعة –وليس الشيك– هي التي تعتبر نقودا.

فالشيك لا يعد نقدا مثل ورقة البنكنوت، فهو مجرد وسيلة لنقل مديونية البنك من شخص إلى آخر، ولا تتوافر فيه شروط القبول العام لأنه يصدر من شخص غير معروف من الجميع، كما أنه متقيد بتاريخ معين، وينص على كمية محددة من النقود، وينتهي عمله بعملية واحدة))[1].

وأخيرا من المفيد أن نلمح بعد تعرفنا تعريف النقود ووظائفها وأنواعها إلى الوحدة النقدية، والقاعدة النقدية:

– الوحدة النقدية : Monetary Unit

يقصد بها الوحدة الأساسية لقياس نقد البلد حيث تحدد بالنسبة إليها قيمة جميع القطع النقدية والورقية، أمثال : الدولار في العملة الأمريكية، والجنيه في العملة البريطانية والدينار في العملة العراقية والكويتية والريال في العملة القطرية والسعودية والدرهم في العملة الإماراتية .. وإلخ.

---

[1] النقود والبنوك، قريصة ٢٨ – ٢٩

– القاعدة النقدية: **Monetary Standard**

وهي «معيار أو مقياس خاص للأقيام يقرره القانون كأساس لعملة البلاد. وفي الوقت الحاضر اتخذت معظم البلدان الذهب أو الفضة أو عملات البلدان الأخرى المبنية على أساس الذهب أو الفضة مقياسا لنقدها» .

المنافع :

المنافع جمع منفعة، والمنفعة مصطلح فقهي، وكذلك هي مصطلح اقتصادي، ويعبر عنها في القانون بـ(الانتفاع) ، و (حق الانتفاع) .

والفرق بين المنفعة والانتفاع هو:

أن المنفعة: هي ما يحصل عليه المنتفع من الشيء الذي ينتفع به.

والانتفاع: هو الاستفادة باستغلال المنفعة.

وهذا مثل سكنى الدار، فإن السكنى هي منفعة الدار، والانتفاع بها –أعني السكنى كمنفعة للدار– هو ممارسة فعل السكن بالدار.

فالمنفعة هي الثمرة، والانتفاع هو الاستثمار، أي الاستفادة من تلك الثمرة.

أو قل: المنفعة هي الفائدة، والانتفاع هو الاستفادة.

وعرفت المنفعة –لغويا– بأنها « كل ما ينتفع به » .

وعرف الانتفاع بالحصول على المنفعة من الشيء ذي الفائدة.

وهو ما سلف تبيينه في أعلاه .

وعرف الانتفاع في القانون، أو بالأصح حق الانتفاع بأنه «الحق الذي يخول الشخص استعمال واستغلال ملك غيره » .

أما التصرف في الملك في غير مجال الانتفاع فهو للمالك .

وفي (الوسيط ج ٦ ق ١ ص ٤٦) : « الانتفاع: حق عيني يخول صاحبه استعمال شيء مملوك للغير واستغلاله » .

وعرفت المنفعة -اقتصاديا- بما يلي حاجة أو رغبة عند المـــرء ويـــؤدي في النتيجة إلى إشباعها.

يقول الدكتور عزمي رجب في كتـــابه (الاقتصاد السياسي ص٢٣) وهـــو يعرف المنفعة: ((لهذا التعبير (يعني المنفعة) مفهوم خـــاص في اللغة الاقتصاديـــة يختلف عن المعنى المعروف في اللغة الجارية.

فالشيء النافع، أو المال النافع في الاصطلاح الاقتصادي:

هو كل ما يلبي حاجة أو رغبة عند المرء، ويؤدي في النتيجة إلى إشـــباعها، بغض النظر عما إذا كان هذا الشيء نافعا أو ضارا في حد ذاته، فقد يكون المـــال المطلوب ضارا من الوجهة الصحية، كالتبغ مثلا، ولكنه يعتبر نافعا من الناحيـــة الاقتصادية عندما يقوم بقضاء حاجة لدى راغبه.

ومن هنا كان تقدير منفعة الأشياء، ومدى هذه المنفعة أمرا شخصيا يختلـــف باختلاف الأشخاص وميولهم وحاجاتهم)) .

وهذا يعني أن المنفعة أمر نسبي يختلف باختلاف الميول والرغبات.

وهي اقتصاديا أعم منها في الفقه والقانون لأنها تشمل حتى ما لا يعد منفعـــة عرفا، وذلك مثل ما لو تملك شخص حشرة لا يعتبر العرف الاســـتيلاء عليـــها تملكا من أجل أن يشبع رغبته في التملك ويلبي حاجة التملك الـــتي تعتمـــل في نفسه.

ومفهوم المنفعة في الفقه قريب من هذه المذكورات حيث ينـــدرج تحـــت عنوانين أحدهما أخص من الآخر.

أما المعنى الخاص فهو: ((خصوص المعاني التي لا عين لها في الخارج كســكنى الدار ولبس الثوب وعمل الخياطة)).

والمعنى الآخر -وهو المعنى العام- فإنه يعم المعاني التي لا عين لها في الخارج، والأخرى التي لها أعيان خارجية كنماءات الحيوانات من أصواف وألبان وأسمان وأولاد والخ، وثمار النباتات كالتمر في النخلة والعنب في الكرمة والنبق في السدرة والخ، والنبت بذاته كالعشب في المرعى والخ.

وعلى هذا فمنفعة كل شيء بحسبه.

يقول الشيخ كاشف الغطاء في (تحرير المجلة) : «ولا تزال السيرة جارية على إجارة الأرض لرعي الأغنام في نباتها وعشبها» .

القروض :

القروض جمع، مفرده قرض، وتستعمل هذه الكلمة مصدرا يدل على فعل دفع المال للغير، واسم مصدر يدل على المال المقترض.

فالقرض -بالمعنى الأول- هو دفع المال لمن ينتفع به على أن يرد بدله حين حلول الأجل المحدد أو وقت الطلب إذا كان الدين غير مؤجل.

والقرض -بالمعنى الثاني- هو نفس المال المدفوع.

وهناك ثلاثة مشتقات أخرى تحمل معاني ترتبط بالموضوع هي:

الاقتراض: وهو أخذ المال من قبل من ينتفع به مع التزامه برد بدله.

والمقترض: وهو الآخذ للمال، ويقال له المستقرض أيضا.

والمقرض: وهو الدافع للمال.

وبدل القرض: وهو المال الذي يرده المقترض إلى المقرض عوضا عن القرض.

والقرض هو الدين، ففي (المخصص) : «دنت الرجل بمعنى أقرضته» .

ويفرق في (القاموس المحيط): «بين القرض والدين بان الدين هو الذي له أجل، والقرض هو الذي لا أجل له» .

واللغة العلمية وكذلك الاستعمال الاجتماعي يرادفان بينهما، ولا يفرقـان الفرق القاموسي المذكور.

ويقال للدافع: الدائن، وللآخذ: المدين والمستدين.

ويعرف القانون المدني المصري في المادة ٥٣٨ القرض بما نصه: «القـرض: عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكيـة مبلغ مـن النقـود أو أي شيء آخر على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله في مقداره ونوعه وصفته».

وفي الفقه يعرفه أستاذنا الشيخ زين الدين في (كلمة التقوى) بقوله:

« الدين هو مال تشتغل به ذمة إنسان لإنسان آخر، لأحد الأسباب الـتي توجب ذلك، كاقتراض مال يبقى عوضه في ذمة المقترض، وابتياع شيء يكـون ثمنه في ذمة المشتري، وبيع شيء موصوف مؤجل إلى أجل في ذمة البائع كمـا في بيع السلف، وكالتزويج بامرأة يؤجل صداقها في ذمة الزوج، واستئجار عـين أو أجير يبقى بدل إجارته في ذمة المستأجر، وفدية خلع أو مباراة تبقى في ذمة المـرأة المختلعة، وضمان مال بسبب إتلاف أو عيب أو غير ذلك من موجبات الضمان، ونحو ذلك من أسباب اشتغال ذمة الإنسان بالمال، وهذا هو الدين الذي يبحـث عنه وعن أحكامه في كتاب الدين.

ويطلق الدين أيضا على ما تشتغل به ذمة الإنسان من الأموال والحقـوق لجهة عامة أو جهة خاصة، كالزكاة والخمس والكفارات والنذور، وأشـباهها »

ويقول الشيخ كاشف الغطاء في (تحرير المجلة) لبيان معنى الدين:

« إن مدار العقود والمعاملات على الأموال وليس للمـال حقيقـة عينيـة خارجية كساير الأعيان تتمحض في المالية تمحض سائر الأنـواع في حقائقـها

النوعية، وإنما هو حقيقة اعتبارية ينتزعها العقلاء من الموجودات الخارجية الـــتي تتقوم بها معايشهم وتسد بها حاجاتهم الضرورية والكماليـــة فمثـــلا الحبـــوب والأطعمة مال لأن البشر محتاج إليها في أقواته وحياته وهكذا كل ما كان مثل ذا من حاجات الملابس والمساكن ونحوها قد انتزع العقلاء منها معنى وصفيا عرضيا يعبر عنه بالمال وهو من المعقولات الثانوية باصطلاح الحكيم، ولما كان مدنيـــة الإنسان لا تتم إلا بالحياة المشتركة وهي تحتاج إلى المقايضة والتبادل في الأعيـــان والمنافع وكان التقابض بتلك الأعيان وهي العروض مما لا ينضبط أرادوا جعـــل معيار يرجع إليه في المعاملات ويكون هو المرجع الأعلى والوحـــدة المقياســـية فاختاروا الذهب والفضة وضربت سكة السلطان عليهما لمزيد الاعتبـــار في أن يكون عليهما المدار فماليتهما أمر اعتباري محض لا فرق بينهما وبـــين ســـائر المعادن وغيرها من حيث الذات والحقيقة، ولذا في هذه العصور حـــاول بعـــض الدول قلب الاعتبار إلى الورق ولكن مع الاعتماد عليهما ومهما يكن الأمر، فإن المال لما كانت حقيقته تقوم على الاعتبار فكما اعتبروا الأجناس الخارجية مـــالا فكذلك اعتبروا ذمة الرجل العاقل الرشيد مالا ولكن مع الالتزام والتعهد فـــإذا التزم لك الثقة الأمين بمال في ذمته وثقت به وجعلته كمال في يدك أو صندوقـــك وكذا العقلاء يعتبرون أن لك مالا عنده أما من لا عهدة له ولا ذمة كالســـفيه والمجنون والصغير بل والسفلة من الناس الذين لا قيمة لأنفسهم عندهـــم الـــذي يعدك ويخلف ويحدثك فيكذب، ويلتزم لك ولا يفي بالتزامه فهؤلاء لا ذمة لهـــم ولا شرف والتزامهم عند العقلاء هباء ولا يتكون من التزامهم عند العرف مـــال: فالمال إذا نوعان خارجي عيني وهو النقود والعروض واعتباري فرضي، وهو مـــا في الذمم أعني الالتزام أو العهدة والالتزام)).

وفي (المدخل الفقهي العام ٣/١٦٨-١٦٩-١٧١) : «فالديون في الذمم هي حقوق شخصية مملوكة لأصحابها، والتزامات على من هي في ذممهم.

يقول الفقهاء الحنفيون: (إن الدين هو: وصف في الذمة) .

واختلفوا هل يعتبر ملكا لصاحبه وهو في الذمة، أو لا يعتبر لأنه مجرد وصف شرعي ؟ .

وقد رجحوا النظر الأول فقالوا: الحق أنه يملك، ولذا جازت هبة الدين للمدين وهي تمليك، واعتبر الدين المشترك من قبيل شركة الملك، حتى لو أخذ أحد الشريكين فيه من المدين شيئا عن حصته يشاركه فيه الآخر » .

«على أن الفقهاء قد يصفون الدين بأنه مال حكمي، أي شيء اعتباري يملكه الدائن، وهو موجود في ثروة المدين، فيصح أن يقال: إن الدين عند الفقهاء مال من حيث المآل ».

« والدين في الفقه الإسلامي يعبر به في الأصل عن الناحية السالبة في الالتزام النقدي أو ما في حكمه، أي عن الالتزام الملتزم بدفع نقود وما في حكمها من الأموال المثلية التي تثبت في الذمة، كمن اقترض مثليا أو أتلفه فإنه يكون ملتزما بمثله دينا في ذمته، وعليه وفاؤه من أي الأموال العينية المماثلة للثابت في الذمة ».

ونخرج من هذه التعريفات المذكورة بالنتائج التالية:

١- أن القرض أو الدين كمصطلح فقهي يطلق على المال الذي اشتغلت به ذمة المدين.

وهو المتعارف عليه في تعبيرات الفقهاء.

٢- ويطلق على ذمة المدين ولكن بمعنى ما تتعهد به وتلتزم من رد البديل للدائن، ويعبر عن هذا بالوصف كما في التعريف الحنفي، أو بالحق كما

في تعريف القانون المدني المصري، أو بالمال الحكمي أي الاعتباري على رأي فقهي آخر.

وننتهي من هاتين النتيجتين إلى أن القرض هو المال الذي التزم المقترض بدفعه للمقرض أو هو الحق الثابت في ذمة المدين للدائن.

الحقوق :

كلمة (الحقوق) جمع، مفرده (الحق) .

وهو في اللغة: «النصيب الواجب للفرد والجماعة» كما في المعجم الوسيط.

وفي الفقه: له -داخل إطار موضوعنا هذا- معنيان:

١- نحو من السلطنة في مقابلة الملك.

٢- مرتبة ضعيفة من الملك، أو أول مراتب الملك.

قال السيد الخميني في كتاب (البيع ٢١/١) : «ويظهر من الشيخ الأنصاري: أنه عبارة عن السلطنة مقابلا للملك، ومن عدة من المحققين: أنه مرتبة ضعيفة من الملك ونوع منه.

وربما يقال: إنه نحو سلطنة وملك ، فيكون الحق والملك والسلطنة معنى واحدا، وإن كان الحق أخص منهما».

وقال السيد محمد بحر العلوم في (بلغة الفقيه) : «وأما الحق فهو يطلق مرة في مقابل الملك، وأخرى (في) ما يرادفه.

وهو بمعنييه -سلطنة مجعولة للإنسان، من حيث هو، على غيره ولو بالاعتبار، من مال أو شخص، أو هما معا، كالعين المستأجرة، فإن للمستأجر سلطنة على المؤجر في ماله الخاص.

وهو أضعف من مرتبة الملك، أو أول مرتبة من مراتبه المختلفة في الشدة والضعف)).

ويقول السيد محمد تقي بحر العلوم في تعليقته على هذا المنقول من (البلغة) : ((هو عبارة عن مرتبة ضعيفة من الملك، وإضافة ناقصة مجعولة من الملك الحقيقي -تبارك وتعالى- لذي الحق، أعم من وجود من عليه الحق أو عدمه.

وعبر عنها بعض المعاصرين بالملكية غير الناضجة، وهو تعبير حسن، فإن المرتهن للعين المجعولة من الراهن وثيقة لدينه الذي له عليه -وإن كان ذا إضافة وسلطنة عليها- ومن هنا يمنع الراهن من التصرف في ما ملكه من العين المرهونة مطلقا أو خصوص التصرف المنافي لحق المرتهن على الخلاف، ولكن ليس للمرتهن بالنسبة إلى الرهن من التصرف فيه، سوى استيفاء دينه منه ببيعه وأخذ مقدار حقه من ثمنه عند امتناع تحصيله من المديون، وكذا من له الخيار في عقد البيع -مثلا- فإنه -وإن كان ذا حق متعلق بالعقد وسلطنة عليه من حيث القدرة على فسخه وإقراره أو متعلق بالعين التي خرجت عن ملكه إلى ملك طرفه بالتسلط على إعادتها إلى ملكه بفسخ العقد، ومن هنا يمنع طرفه من التصرفات المنافية لحقه في ما انتقل إليه وملكه بالعقد، لكن حقه المجعول له لا يتجاوز التسلط على فسخ العقد أو إقراره، أو التسلط على استرجاع العين التي نقلها إلى طرفه إليه، بناء على تعلق حقه بنفس العين المنقولة إلى طرفه)).

ثم يفرق السيد محمد تقي بحر العلوم في تعليقه بين الحق والملك بقوله: ((والحاصل: أن العلقة والإضافة الحاصلة بين المضاف والمضاف إليه إذا كانت تامة صالحة لأنحاء التقلبات تسمى ملكا.

وإذا كانت ناقصة لا تصلح إلا لنحو من التقلب لقصور في نفسها أو متعلقها، تسمى حقا، كالإضافة الحاصلة للمرتهن بالنسبة إلى العين المرهونة،

والحاصلة للشفيع بالنسبة إلى حصة شريكه المبيعة في شركته، فان المرتهن ليس لـه سوى استيفاء دينه من الرهن إذا لم يفه المديون، والشفيع ليس له من السلطنة إلا تملك ما اشتراه المشتري من الحصة بالثمن الذي اشتراه به)).

وبعد، فهذه هي المفردات التي أمكنني لملمتها من هنا وهناك من كتب الفقـه وكتب القانون لتكون داخل إطار واحد يعطينا فكرة واضحة عن المـــال ومـــا يتمول.

والفقهاء -هنا- يتفقون على أن الأعيان والنقود مال، ويختلفــــون في مـــا سواهما وكالتالي:

- ذهب البعض إلى إضافة المنافع مفردة ثالثة لمفـــردات المـــال، فتصبـــح المفردات المالية عنده: الأعيان والنقود والمنافع.
- وآخر ربع المفردات بإضافة القروض.
- وغيرهما جعلها خمسة بإضافة الحقوق.

ولأننا قلنا: إن مالية الشيء تتقوم باعتبار العرف وتحليل الشرع. والعرف -كما هو معلوم- يختلف في مثل هذه الأمور من مجتمع لآخر، ومـــن عصـــر إلى سواه يكون هو المرجع، فما يعتبره عرف اجتماعي مالا يعتد مالا، ما لم يكن مما ألغى الشارع المقدس ماليته.

المعاملة المالية

تعريفها:

من خلال تعريفنا للمعاملة بأنها عقد يتم باتفاق طرفين والتزامهما مضمونه وتعهدهما به، وتعريفنا للمال بأنه كل شيء يعتبره العرف مالا ويحل التعامل به شرعا، نستطيع أن نتبين وبوضوح المراد من المعاملة المالية مستخلصين معناها من التعريفين المذكورين، بأنه: عقد شرعي قوامه المال.

تصنيفها:

سوف نتناول -إن شاء الله تعالى- في مبحث (نظرية العقد) مقومات العقد في الفقه الإسلامي والتي هي:

- طرفا العقد (الموجب والقابل) .
- محل العقد (المعقود عليه) .
- موضوع العقد (أثر العقد) .
- ركنا العقد (الإيجاب والقبول) .

وسوف نتبين هنا أن محل العقد هو الذي يحدد نوعية العقد ويصنفه في موضعه من بين العقود الأخرى.

ولتوضيح معنى محل العقد بالمثال، نقول: هو كالمال في عقد البيع، والموهوب في عقد الهبة، والمرهون في عقد الرهن، والمتعة الجنسية المشتركة في عقد النكاح .. وإلخ.

وعلى أساس منه: فالمعاملة المالية: هي كل معاملة يكون محل العقد فيها هو المال.

وهو واضح أيضا من تقييدها بالمالية.

ومن هنا فأية معاملة لا يكون المعقود عليه فيها هو المال لا تدخل تحت عنوان المعاملة المالية، كعقد النكاح الذي يهدف إلى تحقيق المتعة الجنسية المشتركة بين الزوجين، فإنه لا يعتد معاملة مالية، وإن اشتمل على عنصر المال الذي هو المهر لأنه ليس هو المعقود عليه، وإنما المعقود عليه في هذا العقد هو المتعة الجنسية المشتركة.

وعليه: فالمعاملة المالية صنف من أصناف المعاملات، يتميز بأن المعقود عليه فيها هو المال.

تقسيمها :

أريد بتقسيمها -هنا- قسمتها من ناحية تاريخية مستمدا إياها من واقع المعاملات المالية القائمة، وأعني بها المعاملات التي نتعامل بها في حياتنا الراهنة.

إننا عندما نلقي نظرة على واقع حياتنا المعيش سوف نرى أن هناك معاملات موروثة امتدت الى عصرنا الحاضر من عصور سالفة ضربت في جذورها إلى عهود التشريع الإسلامي، ويمكننا أن نطلق عليها عنوان المعاملات القديمة، والمعاملات المتداولة.

وأن هناك معاملات أخرى حادثة أفرزها التطور الاقتصادي في مجالات التجارة والزراعة والصناعة، وهي أمثال عقود التأمين والنقل، وأمثال المؤسسات المالية الكبيرة كالبنوك والشركات المساهمة، والتي يمكننا أن نطلق عليها المعاملات الجديدة.

وتمثل موقف التشريع الإسلامي من المعاملات القديمة في أنه عندما جاء كانت هناك في المجتمع العربي والمجتمعات الأخرى معاملات قائمة ذات أنظمة

مستفاد بعضها من الشرائع الإلهية السابقة على الإسلام، وموضوع بعضها من قبل العرف (أبناء المجتمع) .

وبما أن وظيفة ومسؤولية، أو هدف وغاية التشريع تنظيم العلاقات الاجتماعية على اختلاف أنماطها اقتصادية وغيرها، بما يحقق المصلحة ويبعّد المفسدة، أو بما يجلب النفع ويدفع الضرر، اتبع التشريع الإسلامي لتوفير هذا الغرض الطريقة التالية:

١ – إعطاء المشروعية لبعض هذه المعاملات القائمة وذلك بتحليلها وتجويز التعامل بها.

٢– سلب المشروعية عن بعض تلكم المعاملات القائمة،وذلك بتحريمها وعدم جواز التعامل بها.

٣– تهذيب بعض المعاملات القائمة، وذلك بإضافة عنصر –جزءاً أو شرطاً أو غيرهما– أو بحذف شيء منها، ثم إعلان اعتبارها مشروعة يحل ويجوز التعامل بها، ولكن بصورتها المهذبة، ويحرم ولا يجوز التعامل بها إذا كانت بصورتها غير المهذبة.

قال تعالى: **{وأحل الله البيع وحرم الربا}** ،فأعطى المشروعية لمعاملة البيع وسلبها من معاملة الربا.

ونلمس التهذيب للمعاملة في معاملة الدين (القرض) في الآية ٢٨٢ من سورة البقرة، وهي أطول آية في القرآن الكريم، لأنه أريد بها أن تستوعب كل ما يرتبط بتهذيب هذه المعاملة.

والآية هي:

{يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأبَ كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل

الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يُملّ هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا يأبَ الشهداء إذا ما دعوا ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى أن لا ترتابوا إلاّ أن تكون تجارةً حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا تبايعتم ولا يضارّ كاتب ولا شهيد وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم واتقوا الله ويعلّمكم الله والله بكل شيء عليم}.

قال المقداد السيوري في (كنز العرفان) وهو في معرض تفسير هذه الآية وبيان أحكامها: «إذا عرفت هذا ففي الآية أحد وعشرون حكماً، بل ربما يذكر فيها فوائد تزيد على ذلك» وربما كان من المفيد نقل الأحكام التي ذكرها مع شيء من التصرف بالاختصار لما تلقيه من الأضواء على ما أشرت إليه وهي:

١- إباحة الاستدانة لأنها مما قد يضطر الإنسان إليه في معاشه، فتكون سائغة، ولأن النبي (ص) استدان وكذا علي (ع) وجماعة من الأئمة.

٢- إباحة التأجيل بقوله **{إلى أجل}** لأن الدين حق يثبت في الذمة، فهو أعم من المؤجل وغيره.

٣- وجوب كون الأجل مضبوطاً لقوله **{مسمى}** كاليوم والشهر والسنة، لا ما يحتمل الزيادة والنقيصة كإدراك الثمرة وقدوم الحاج.

٤- الأمر بكتابة الدين لئلا يذهب مال المسلم بعوارض النسيان والموت والجحود.

٥- وجوب كون الكاتب أميناً لقوله **{بالعدل}** -وهو صفة الكاتب أي موصوف بالعدل- كي لا يزيد وينقص أو يفعل خلاف ما تراضى به المتعاملان، ويعلم منه اشتراط كونه فقيهاً عالماً بدقائق تلك المعاملة ليكمل المقصود منها.

٦- **{ولا يأبَ كاتب أن يكتب}** قيل: النهي للتحريم فيكون الكتابة واجبة لكن على الكفاية، قاله الشعبي وجماعة. وقيل: فرض عين مع عدم غيره ممن له علم بها، أو مع ضرر صاحب الدين بترك الكتابة، وقيل: كانت واجبة عيناً فنسخ بقوله: **{ولا يضار كاتب ولا شهيد}**.

والأجود أنها مستحبة على الأعيان العارفين بها، لأنها من باب **{وتعاونوا على البر}** واجبة على الكفاية ليتم نظام النوع.

٧- **{كما علّمه الله فليكتب}** ، قيل: هو متعلق بـ**{يأبَ}** أي لا يأبَ كاتب أن يكتب كما علّمه الله، فيكون **{فليكتب}** أمراً بعد النهي تأكيداً كقولك لعبدك (لا تقعد هنا قم).

ويحتمل أن يكون متعلقاً بالأمر أي (فليكتب كما علمه الله) ، وحينئذ يحتمل معنيين:

أحدهما: كما علّمه الله تفضلاً منه فليتشبّه بأخلاق الله، وليتفضل بكتابة الدين، كما تفضل الله عليه، كقوله تعالى **{وأحسن كما أحسن الله إليك}** .

وثانيهما: أمره بأن يكتب كما علّمه الله من الفقه في تلك المعاملة بحيث لا يكتب شيئاً يخالف مقتضاها مما فيه ضرر أو بخس على المتعاملين.

فعلى الأول الأمر للندبية، وعلى الثاني للوجوب.

وعلى الاحتمال الأول يكون النهي السابق مقيداً، وعلى الثاني يكون مطلقاً.

٨- **{وليملل الذي عليه الحق}** الإملال والإملاء بمعنى واحد، وقد ورد بهما القرآن كقوله **{فهي تملى عليه}** .

وإنما وجب كون الممل (هو) الذي عليه الحق، لأنه المشهود عليه، ثم إن هذا المملي يجب عليه تقوى الله في ما يمله، ولا يبخس من الحق الذي عليه شيئا، والبخس النقص.

وإنما أمره ونهاه لجواز أن يكون صاحب الحق أميا مغفلا لا خبرة له بالأمور، فلو لم يستعمل المديون الورع في إملائه لزم إضرار الدائن وهو حرام.

٩- **{فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل}**.

السفيه: المبذر، وهو الذي يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحة، أو ينخدع في المعاملة.

والضعيف: أي في العقل بأن كان صبيا أو كبيرا لا عقل له.

والذي لا يستطيع الإملاء: فهو إما لبكم أو خرس فليملل أولياء هؤلاء.

١٠- **{واستشهدوا شهيدين}** .

١١- **{من رجالكم}** أي من المؤمنين.

١٢- **{فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان}**، فيه دلالة على جواز شهادة النساء منضمات إلى الرجال، لكن في الديون والمعاملات، وكل ما يقصد فيه المال.

١٣- **{ممن ترضون من الشهداء}** أي من الرجال المرضيين، والنساء المرضيات في الدين، وفي ذلك إشارة إلى اشتراط العدالة، فإن الفاسق غير مرضي.

١٤- **{ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا}** ، قيل ذلك في التحمل، وقيل في الإقامة، وقيل فيهما معا، والأول أنسب، لأن الكلام في التحمل لا في الإقامة.

والنهي عن الإباء يستلزم الأمر بالتحمل لكنه فرض على الكفاية، فإن لم يوجد غير ذينك الشاهدين صار فرض عين.

١٥- **{ولا تسأموا}** أي لا تملوا **{أن تكتبوه}** الضمير للدين **{صغيرا}** أي سواء كان الدين قليلا أو كثيرا.

وفي ذلك دلالة على استحباب كتابة الدين والإشهاد به.

ثم ذكر سبحانه لرجحانه ثلاثة أسباب:

الأول: أنه **{أقسط عند الله}** أي أعدل.

الثاني: أنه **{أقوم للشهادة}** أي أعون لها لأن المكتوب أبعد زوالا من الحفظ.

الثالث: أنه **{أدنى أن لا يرتابوا}** أي أقرب في انتفاء الريب أي الشك، لأن عدم الكتابة سبب لريب أحد الغريمين في أنه صادق أو كاذب.

١٦- **{إلا أن تكون تجارة حاضرة}** ، هذا استثناء من الأمر بالكتابة أي إن كانت المعاملة بينكم في تجارة حاضرة يدا بيد من غير غيبة لأحد العوضين، فليس عليكم جناح أن لا تكتبوا تلك المعاملة، فإنه لا يتوقع فيها شك استقبالي.

١٧- **{وأشهدوا إذا تبايعتم}** أي إذا لم يكن المبايعة بالدين، وإلا لزم التكرار.

وإنما أمر بالإشهاد عند المبايعة إرشادا إلى رعاية مصلحتها لأنه لولاه لجاز أن يندم أحد المتبايعين على البيع أو يقع نزاع في كمية أحد العوضين أو شــــرط أو خيار أو غير ذلك.

١٨- **{ولا يضار كاتب ولا شهيد}** ، فيه قراءتان:

إحداهما: **{لا يضارر}** بالإظهـــار والكسر وبالبناء للفاعل، قرأ بهــــا أبـــو عمرو، فعلى هذا يكون المعنى: لا يجوز وقوع المضارة من الكاتب بأن يمتنع مـــن الإجابة، أو يحرف بالزيادة والنقصان، وكذا الشهيد لا يمتنع إذا دعي للتحمـــل أو الإقامة، ولا يكتم شيئا مما شهد به، أو يزيد أو ينقص بما فيه ضرر على المشــهود به.

وثانيتهما: قراءة الباقين **{لا يضار}** بالإدغام والفتح والبناء للمفعول، فعلـــى هذا يكون المعنى: لا يفعل بالكاتب ولا الشهيد ضرر بأن يكلفا قطـــع مســـافة مشقة من غير تكلف مؤنتهما، أو لا يعطى الكاتب أجرته وافية أو غير ذلك مـــن أسباب المضارة.

١٩- **{وإن تفعلوا}** أي تلك المضارة على أحد التقديرين **{فإنه فســـــوق بكم}** أي خروج عن أوامر الله سبحانه.

٢٠- **{واتقوا الله}** أي اعتمدوا التقـــوى في كل مـــا أمركم الله بــــه في أمور دينـــكم ودنياكم.

٢١- **{ويعلمكم الله}** أي هذه الأحكام المذكورة كلها من تعليم الله لكـــم ما فيه مصالحكم فلا ترتابوا في شيء من ذلك لأنه بكل شيء عليم. وفي ذلك دلالة على أن الأحكام كلها بتعليم الله سبحانه» .

وتمثل موقف الفقه الإسلامي منها في أن قام الفقهاء بدراسة تلكم النصوص الشرعية المتعلقة بتلكم المعاملات، ثم قاموا بتقنين أنظمة لها بذكر تعريفاتها ومصطلحاتها وعناصرها من أجزاء وشرائط، وما يترتب عليها من آثار ونتائج.

والمعاملات أمثال: البيع والقرض والربا والمضاربة والشركة والهبة والرهن وإلخ.

أما موقفه من المعاملات الجديدة، والتي أدرجها الفقهاء في قائمة ما أسموه بـ(المسائل المستحدثة) ، فقد تمثل في بحوث قليلة قام بها البعض، ومثلها من الفتاوى، لا ترقى إلى مستوى ما تطورت إليه، و لم تغط كل متطلبات ذلكم التطور.

وسوف يأتي في منهج البحث في هذه المعاملات بيان الفارق بين منطلق البحث في المعاملات القديمة، ومنطلق البحث في المعاملات الجديدة.

وهي الفائدة التي نستثمرها من هذا القسمة.

موقع المعاملة المالية في حركة المال :

من المعروف أن المال يتحرك بين الناس أفرادا و مؤسسات في عملياته المعروفة التي تتمثل فيها حركة تنقله، وهي:

١- الإنتاج: Production

ويراد به استثمار ما في الطبيعة من ثروة إما عن طريق الزراعة أو الصناعة أو الاستخراج أو خلافها.

وعناصر الإنتاج -اقتصاديا- هي : الأرض ورأس المال ، والعمل والتنظيم.

ويقصد بالأرض **Land** : الطبيعة ذات الريع بكل أبعادها وأجوائها.

وبرأس المال **Capital** : النفقة التي تبذل في عملية الإنتاج.

وبالعمل **Labour** : الأيدي العاملة.

وبالتنظيم **Entrepreneur** : خلق قيمة معينة وذلك بإضافة عنصر المنفعة أو الفائدة إلى الشيء المنتوج بغية إعداده للانتفاع به في عملية التبادل وذلك بإيصاله إلى المستهلك أو بتنمية رأس المال لزيادة الثروة.

٢- التداول : Exchange

ويراد به انتقال المنتوج من مالكه إلى آخر عن طريق التبادل بنقود أو بأعيان أو منافع أو حقوق.

والتبادل أو المبادلة هو المعاملة.

وعن طريق التبادل يأخذ المنتوج أحد الطرق التالية:

٣- التوزيع : Distribution

ويراد به إيصال المنتوج إلى المستهلك.

٤- والاستهلاك : Consumption

يعني انتفاع المستهلك بالمنتوج في تلبية احتياجاته الخاصة.

٥- أما الطريق الثاني فهو تنمية المال، وذلك باستمرار تحركه داخل دائرة الإنتاج والتداول.

٦- والطريق الثالث هو التخزين ((فقد تلجأ المشروعات إلى الاحتفاظ بمخزون من الكمية المنتجة لأسباب عديدة منها:

- الرغبة في تأجيل بيع جزء من الإنتاج لفترة زمنية آجلة بأمل انتعاش الأثمان.

- أو للوفاء ببعض الطلبات غير المتوقعة دون الحاجة إلى انتظار زيادة الإنتاج.

- أو للرغبة في المحافظة على ثمن السلعة والهبوط)) [1].

وإخال أننا من هذا العرض أدركنا -وبوضوح- أن المعاملة هي ظاهرة التبادل أو عملية التبادل في حركة المال.

مجال بحثها :

تبحث المعاملات المالية في المجالين التاليين:

١ - الفقه:

ويتناولها الفقهاء من منطلقين، هما:

أ- دراسة النصوص الشرعية للمعاملات القديمة من أحاديث خاصة وقواعد عامة.

ودراسة الاعتبارات العرفية للمعاملات لمعرفة مدى انطباق مؤديات النصوص على واقعها القائم.

ب- دراسة واقع المعاملات الجديدة من خلال اعتباراتها العرفية، ومعرفة ما يوافق منها أو يخالف الشريعة في تشريعاتها المعاملية من خلال المبادئ الإسلامية العامة والقواعد التي يمكن أن تشمل مثل هذه المعاملات.

وسنعرف هذا بشكل أوفى عند تعريفنا لمنهج البحث فيها.

٢- القانون:

ويتناولها المشرعون من خلال منطلقين أيضا هما: العرف والتشريع.

ذلك أن أهم مصادر القانون المدني هو العرف ((وهو ما درج الناس على اتباعه)) وهذا لأن ((القانون هو ثمرة ظروف البيئة التي ينشأ فيها، فمن الطبيعي أن يكون للعرف الصدارة على باقي مصادر القانون)) [1].

---

[1] أسس علم الاقتصاد، د. إسماعيل محمد هاشم ود. عبد الرحمن يسري أحمد ط ١٩٧٦م ، ص٢٠٠ .

ثم التشريع، وهو اجتهاد المشرع القانوني في إطار أصول القانون ومبادئه.

منهج البحث :

أعني بالمنهج الطريقة العملية التي يتبعها الفقيه في التعامل مع المعاملة لتشخيص وتحديد موضوعها ومعرفة حكمها وآثاره.

يتمثل المنهج الفقهي هنا بالخطوات التالية:

١- اعتبار العرف:

ويراد به أن ينظر الفقيه أولا في ما درج عليه الناس من نظر إلى المعاملة والتعامل معها حتى أصبح عرفا بينهم، أي تعارفوا عليه والتزموا به، وذلك ليتسنى للفقيه تشخيص الموضوع ومعرفة شؤونه وملابساته.

٢- النصوص الشرعية:

أ- إذا كان هناك روايات وردت في المعاملة التي يتناولها الفقيه بالبحث بشكل خاص يقوم بدراسة هذه الروايات كي يفهم معطياتها وحدود انطباقها على مفردة بحثه.

ب- وبعد ذلك يقارن النتائج التي توصل إليها من تعامله مع النصوص بواقع الاعتبارات العرفية، فما وافق الروايات من الاعتبارات يأخذ به، وما خالف يطرحه.

٣- القواعد العامة:

وأعني بها العمومات والمطلقات التي يمكن الرجوع إليها لاستجلاء حكم المعاملة عند الشك فيه أو الجهل به، وهي أمثال قاعدة الحل.

---

[١] المبادئ القانونية العامة ، د. أنور سلطان ، ط٤، ص٨٦ .

وتصل النوبة إلى هذه القواعد عندما لا توجد نصوص شـــرعية (روايـــات خاصة) تخص المعاملة المبحوث عن حكمها. كما هو الشأن في بعض المعـــاملات المالية المستحدثة التي لا تلتقي مع شيء من معاملاتنا القديمة.

وقد ألمح الشيخ آل كاشف الغطاء في (التحرير) إلى هذا بقوله: ((ونحـــن حيث نتكلم في أحكام العقود والمعاملات ننظرها من جهتين:

- وجهتها العرفية.
- ووجهتها الشرعية.

فنأخذ بالاعتبارات العرفية بوجه عام ثم نعقبه بالنظر في الأدلة الشرعية، ومـا لها من التصرف الخاص من منع بات، أو اعتبار بعض القيـــود والخصوصيـــات فنتبعه إن كان، وإلا فالعمومات تلزمنا بما عليه العرف العام في معاملاتهم)).

الباب الأول

النظريات

- نظرية العرف
- نظرية الملك
- نظرية الحق
- نظرية الذمة
- نظرية العقد

بعد أن تبينا في المقدمة المتقدمة تعريف المعاملة، منطلقين إلى ذلك من تعريف المعاملة وتعريف المال، وحددناها -اختصارا- بأنها عقد شرعي قوامه المال.

رأيت أن أوطئ في هذا التمهيد بتعريف واف لعدد من المواضيع الفقهية التي لها علاقة وثيقة بموضوع درسنا (المعاملات المالية)، وسوف أتناولها في إطار العناوين التالية :

- **نظرية العرف**
- **نظرية الملك**
- **نظرية الحق**
- **نظرية الذمة**
- **نظرية العقد**

وسيكون تناولي لها في حدود ما يرتبط بموضوعنا وهو المعاملة المالية، بمستوي ما يمهد للانطلاق في دراستها، ويساعد على معالجة أبعادها وشؤونها الأخرى وما يلابس ذلك.

نظرية العرف

يعتد العرف مصدرا من مصادر الفقه والقانون، وإن أختلف في حدود مصدريته، أو بالأحرى في مدى مرجعيته.

فهو في القانون المدني مصدر من مصادر الأحكام، وكذلك هو في الفقه السني مصدر من مصادر الأحكام.

ولكنه في الفقه الإمامي مرجع في تشخيص وتحديد موضوعات الأحكام غير المنصوصة، وفي أطر محدودة.

ومن هنا كان تناوله بالبحث أمرا له علاقة قوية بموضوعنا (المعاملات المالية).

وسأوضح -هنا- تعريفه لغويا وعلميا وأبين حدود مصدريته في كل من القانون المدني والفقه السني، وحدود مرجعيته في الفقه الإمامي، وما يلابس هذه.

العرف لغويا :

كلمة (العرف) -في لغتنا العربية- من الألفاظ المشتركة، وسأعرض هنا ما يهمنا من معانيها، وهي تلك التي ترتبط بموضوع بحثنا الذي هو العرف مصدرا أو مرجعا.

ويتلخص هذا -لغويا- في أن العرف -المقصود بالبحث- يرادف المعروف عند الناس.

والمعروف عند الناس: هو الشيء الذي يستحسنونه ويألفونه، فلا تنكره نفوسهم إذا خليت وطبعها، أي من غير تدخل عامل منفر عنه.

ومن هنا قالوا: العرف ضد النكر وضد المنكر، وكذلك المعروف هو ضد المنكر وضد النكر.

ومن الشواهد لذلك قول النابغة الذبياني يمدح النعمان بن المنذر:

وأنت ربيع ينعش الناس سيبه وسيف أعيرته المنية قاطع
أبى الله إلا عدله ووفاءه فلا النكر معروف ولا العرف ضائع

فالعرف -لغة- هو ما يعرف بين الناس.

وبتعبير آخر: العرف هو ما تعارف عليه الناس.

أو قل: هو العادة المرعية، العادة المتبعة **Convention** .

العرف علميا :

عرف العرف بأكثر من تعريف علمي، والطريق السليم للوصول إلى تعريفه هو أن نلتمسه من خلال تعرفنا لواقعه وهو يتحرك في معاملات وتعامل الناس بعضهم البعض، وذلك لأنه ينشأ ويتكون من تواضع وتعارف الناس على عادة من عاداتهم يتخذونها سنة يسيرون عليها، وتنظيما ينظم علاقاتهم الاجتماعية والاقتصادية، ويعتبرون هذه السنة أمرا ملزما، يجب عليهم ترتيب آثاره ونتائجه، ولا يجوز لهم مخالفته والخروج عليه.

وفي هدي هذا، لابد في تقوم العرف -علميا- من توافر عنصرين أساسيين هما:

١- العادة .

٢- الإلزام .

فليست كل عادة تعتد عرفا إلا إذا كان لها سلطان على الناس يمنعهم من الخروج عليها.

فالعادة هي السلوك: فعلا أو قولا أو تركا.

والإلزام هو السلطان الذي يلزم الناس باتباعها والقيام بترتيب آثارها ونتائجها.

يقول الدكتور سلطان في (المبادئ) -ص١٣٨- : ((إن العرف يتكون من عنصرين أو ركنين:

أحدهما: مادي: وهو اطراد العمل بسنة معينة والاعتياد عليها.

والآخر: معنوي: وهو الاعتقاد في لزوم هذه السنة وعدم جواز الخروج عليها)) .

والعادة لكي تكون سلوكا عرفيا لابد من أن تكون قد انتشرت بين الناس كعادة، واستقرت كسلوك، وتأصلت في نفوسهم كسنة محترمة.

ومن باب التسامح كثيرا ما يطلق الفقهاء عنوان (العرف) ويريدون به الناس أو يفسرونه بالناس، وهم يعنون العادة المرعية المشار إليها.

إن هذا التعريف العلمي للعرف المشتمل على عنصري العادة والإلزام هو للعرف مطلقا أي الشامل لقسميه الآتيين: الصحيح والفاسد.

وسيضاف إليه عنصران آخران هما (الإمضاء) أو (عدم المخالفة) ، وذلك بعد ذكر التقسيمات الفقهية للعرف وبيان الرأي الفقهي فيه، وبهما تتم مقومات العرف فقهيا، ويمكننا بعد ذلك أن نستخلص تعريفه الفقهي بما يختص بالصحيح ويخرج الفاسد.

العرف في القانون :

يحتل العرف في القانون المدني أهمية كبيرة جاءته من أنه كان المصدر الوحيد للتشريعات الوضعية، ولذا اعتبر -تاريخيا- أقدم مصادر القانون ((ففي الجماعات الأولى، وقبل نشوء الدولة ووجود هيئة تشريعية، اضطر الأفراد تحت ضغط الحاجات والظروف، إلى إيجاد قواعد تسد مطالبهم الاقتصادية، وحاجياتهم الاجتماعية ومشاربهم الخلقية.

وما القوانين القديمة المكتوبة الصادرة من الحكام، أي القواعد القانونية التشريعية التي يحدثنا عنها التاريخ كقانون حمورابي (سنة ٢٠٠٠ قبل الميلاد) ، والألواح الاثني عشر الرومانية المعروفة، إلا مجرد تدوين للقواعد العرفية التي كان معمولا بها)).

((ولما تقدمت الجماعة وتطورت ظهر بجانب العرف مصادر أخرى، وهي: (الدين) ثم (التشريع) الذي يحتل الآن -يعني التشريع- مكان الصدارة بالنسبة لجميع المصادر)).

ويقصد به -أعني التشريع- قانونيا اجتهاد المشرعين القانونيين في هدي القاعدة القانونية.

العرف في أصول الفقه السني :

عرف العرف في أصول الفقه السني بأكثر من تعريف، وسأقتصر -هنا- على تعريف الشيخ خلاف لأن فيه وفاء بالمطلوب، قال في كتابه (أصول الفقه) : ((العرف: هو ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك)).

وقسم العرف في الأصول السني إلى: صحيح وفاسد.

والصحيح -كما يعرفه الشيخ خلاف- : هو ((ما تعارفه الناس، ولا يخالف دليلا شرعيا، ولا يحل محرما، ولا يبطل واجبا، كتعارف الناس تقسيم المهر إلى مقدم ومؤخر)).

ويعرف الفاسد بـ ((ما تعارفه الناس، ولكنه يخالف الشرع، أو يحل المحرم، أو يبطل الواجب، مثل تعارف الناس أكل الربا)).

ويقسمون الصحيح إلى قسمين:

١- **العرف العملي**، مثل تعارف الناس البيع بالتعاطي.

٢- **العرف القولي**، ويسمى اللفظي أيضا، وهو مثل تعارف الناس إطلاق لفظ (الولد) على الذكر دون الأنثى.

ويقسم العرف أيضا إلى قسمين آخرين، هما: العام والخاص.

ويعرف الشيخ الزرقاء في (المدخل ٨٤٨/٢) العرف العام بأنه ((الذي يكون فاشيا في جميع البلاد بين جميع الناس في أمر من الأمور)).

ويمثل له بـ ((الاستصناع في كثير من الحاجات واللوازم من أحذية وألبسة وأدوات وغيرها، فإن الناس قد احتاجوا إليه، ودرجوا عليه من قديم الزمان)).

ويعرف العرف الخاص بأنه ((الذي يكون مخصوصا ببلد أو مكان دون آخر، أو بين فئة من الناس دون أخرى)).

ويمثل له بـ ((عرف التجار في ما يعد عيبا ينقص الثمن في البضاعة المبيعة، أو لا يعد عيبا .

وكعرفهم في بعض البلاد أن يكون ثمن بعض البضائع المبيعة بالجملة مقسطا إلى عدد معلوم من الأقساط)).

أما حكمه عند أهل السنة فيقول فيه الشيخ خلاف: ((أما العرف الصحيح فيجب مراعاته في التشريع وفي القضاء، وعلى المجتهد مراعاته في تشريعه، وعلى

القاضي مراعاته في قضائه، لأن ما تعارفه الناس، وما ساروا عليه، صار من حاجاتهم، ومتفقا ومصالحهم، فما دام لا يخالف الشرع وجبت مراعاته، والشارع راعى الصحيح من عرف العرف في التشريع، ففرض الدية على العاقلة، وشرط الكفاءة في الزواج، واعتبر العصبية في الولاية والإرث.

ولهذا قال العلماء: (العادة شريعة محكمة) و (العرف في الشرع له اعتبار) .

والإمام مالك بنى كثيرا من أحكامه على عمل أهل المدينة.

وأبو حنيفة وأصحابه اختلفوا في أحكام بناء على اختلاف أعرافهم.

والشافعي لما هبط إلى مصر غير بعض الأحكام التي كان قد ذهب إليها وهو في بغداد، لتغير العرف، ولهذا له مذهبان قديم وجديد.

وفي فقه الحنفية أحكام كثيرة مبنية على العرف، منها:

- إذا اختلف المتداعيان ولا بينة لأحدهما فالقول لمن يشهد له العرف.
- وإذا لم يتفق الزوجان على المقدم والمؤخر من المهر فالحكم هو العرف.
- ومن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا لا يحنث بناء على العرف.
- والمنقول يصح وقفه إذا جرى به العرف.
- والشرط في العقد يكون صحيحا إذا ورد به الشرع أو اقتضاه العقد أو جرى به العرف.

وقد ألف العلامة المرحوم ابن عابدين رسالة سماها (نشر العرف في ما بني من الأحكام على العرف) [1] .

ومن العبارات المشهورة:

---

[1] هي شرح لقوله:

والعرف في الشرع له اعتبار — لذا عليه الحكم قد يدار

من أرجوزته المسماة (عقود رسم المفتي).

- المعروف عرفا كالمشروط شرطا.

- والثابت بالعرف كالثابت بالنص)) .

العرف في رأي الإمامية :

استعرض موضوع العرف من علماء الإمامية -في حدود اطلاعي- كل من:

١- الشيخ محمد بن أبي جمهور الأحسائي في كتابه (الأقطاب الفقهية) ، فقد تحدث ضمن القطب الثامن عن العادة والموقف الفقهي الإمامي منها، ولكن بعرض مختصر.

٢- الشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء في كتابه (تحرير المجلة) ، تناوله بالبحث في معرض نقده لبعض القواعد التي تضمنتها (مجلة الأحكام العدلية) ، وهي:

- العادة شريعة محكمة.
- استعمال الناس حجة يجب العمل بها.
- المعروف عرفا كالمشروط شرطا.
- التعيين بالعرف كالتعيين بالنص.
- لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان.

وأبان عن الرأي الإمامي في هذه القواعد محررا إياها إلى ما يلتقي والقواعد الإمامية.

٣- السيد محمد تقي الحكيم في كتابه (الأصول العامة للفقه المقارن) عرض فيه -وهو في صدد بيان أدلة الأحكام- رأي علماء أصول الفقه السني في العرف، وناقشه في التأصيل والتفريع.

٤- الشيخ محمد علي التسخيري، له بحث بعنوان (العرف ودوره في عملية الاستنباط)، منشور في العدد الخامس من (مجلة مجمع الفقه الإسلامي)

لسنة ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م، استعرض فيه الرأي السني في العرف، وكذلك الرأي الإمامي، وفرق بينهما في مجال الحجة والاعتبار.

وأهم النقاط التي ينبغي أن تثار بحثا -هنا- هي:

مجالات العرف:

ويراد بها الموارد التي يرجع فيها إلى العرف للاستفادة منه في المجال الذي يرجع فيه إليه، وهي:

١- العرف الذي يرجع إليه باعتباره دليلا يستفاد منه الحكم الشرعي في الموارد التي لم يرد فيها نص شرعي يوضح الحكم.

وهذا مثل: عقد الاستصناع وعقد الفضولي.

والعرف في هذا المجال لا ينهض دليلا في رأي الإمامية إلا إذا ارتفع إلى مستوى (بناء العقلاء) الكاشف عن رأي المشرع الإسلامي الذي هو سيد العقلاء ورئيسهم، أو إلى مستوى (السيرة القطعية) المتصلة بعصر التشريع الإسلامي الكاشفة عن إمضاء المشرع الإسلامي له، فيدخل في كلتا الحالتين تحت عنوان السنة.

٢- العرف الذي يرجع إليه في تشخيص بعض المفاهيم التي لم يرد نص شرعي في تحديدها، وأوكل المشرع الإسلامي أمر تحديدها إلى العرف، لأنها بطبيعتها مفاهيم عرفية.

وهذه مثل: (الصعيد) و (القرء) مما أخذ موضوعا في لسان الأدلة.

يقول ابن أبي جمهور: ((وحكم العادة عمل به كثيرا، إذ عادة الشرع رد الناس في ما لم يرد فيه نص، إلى عرفهم وعاداتهم كالمكيال والميزان والعدد)).

ويعني: أن الموضوعات التي لم تحدد من قبل الشرع يرجع فيها إلى العـــرف، كما في تشخيص مفهوم الغناء، وتمييز النقود السليمة من المزيفة، وتعيين وحدات الوزن والكيل ونظائرها.

يقول أستاذنا السيد محمد تقــي الحكيــم في (الأصــول العامــة) -ط٢، ص٤٢٢-: ((والظاهر أن بعض الأحكام إنما وردت على موضوعات عرفيـــة، فتشخيص مثل هذه الموضوعات مما يرجع به إلى العرف.

وفي هذا القســم نرى تفاوت الأحكام بتفــاوت موضوعاتها الناشئ مــن اختــلاف الأعراف باختلاف الأزمنة والبيئات، فمصاريف الزكاة التي ذكرتهــا الآية المباركة أكثر مواضيعها عرفية .

فالفقير -وهو من لا يملك قوت سنته قوة أو فعلا- تتفـــاوت مصاديقــه بتفاوت الأعراف في تحديد القوت.

وفي (سبيل الله) يتفاوت بتفاوت درجة حضارة الأمة ومستواها، فالأمة التي تحتاج إلى صنع مركبة فضائية – مثلا – لضروراتها الحضارية التي لا تتنافى مـــع الشريعة، أو التي تستخدم لخدمة الدين وتركيز مبادئه كالتي تستعمل في البــث التلفزي إذا استخدمت برامجه في خدمــة الإنســان ورفــع مســتواه الخلقــي والاجتماعي إلى ما تريده له الشريعة في تعاليمها الخالدة .

أقول: هذه الأمة – في ما أتخيل – لا تخرج في صنعها لها علـــى موضـــوع (سبيل الله) المأخوذ في مصاريف الأموال الزكوية .

والمقياس فيه هو سد حاجة عامة مشروعة، فما انتظم في هذا العنوان كـــان سبيلا لله، وهكذا)).

واعتبار العرف مرجعا في هذا المجال يرجع إلى كشف السيرة القطعية عـــن وقوع هذا الاعتبار بمرأى من المشرع الإسلامي وتحت إقراره.

٣- العرف ((الذي يرجع إليه لاستكشاف مرادات المتكلمين عندما يطلقون الألفاظ سواء كان المتكلم هو الشارع أم غيره.

وينتظم في هذا القسم بالنسبة إلى استكشاف مرادات الشارع ما يرجع إلى الدلالات الالتزامية بالنسبة لكلامه إذا كان منشأ الدلالة الملازمات العرفية، كحكم الشارع -مثلا- بطهارة الخمر إذا انقلب إلى خل، الملازم عرفا للحكم بطهارة جميع أطراف إنائه.

كما ينتظم فيها كلما يصلح أن يكون قرينة على تحديد المراد من كلامه، وهكذا.

أما بالنسبة إلى استكشاف مرادات غيره فيدخل ضمن هذا القسم منه كل ما يرجع إلى أبواب الإقرارات والوصايا والشروط والوقوف وغيرها، إذا استعملت بألفاظ لها دلالاتها العرفية، سواء كان العرف عاما أم خاصا)) [١] .

يقول الشيخ كاشف الغطاء: ((نعم يمكن أن تكون العادة قرينة ينصرف إليها الإطلاق في مقام المعاملات والاستعمالات، فيحمل عليها كلام المتعاقدين لتعيين الموضوع لا الحكم، مثلا لو كان من عادة بلد أن الحمال يحمل المتاع إلى باب الدار، فاستؤجر حمال، فلا حق للمستأجر بمطالبته بإدخال المتاع إلى داخل الدار.

ولو انعكس الأمر كان له المطالبة وإن لم يشترط ذلك في العقد.

فالعادة قرينة تقوم مقام اللفظ في تعيين المراد.

ولعل إلى هذا يرجع أيضا قضية العرف العام والعرف الخاص، وأن كلام المتكلم يحمل على عرفه العام أو العرف الخاص، وأنه لو تعارض العرف العام والخاص فأيهما المقدم ؟ ، إلى كثير من المباحث المحررة عند الأصوليين، مما لا

---

[١] الأصول العامة ٤٢٣ .

طائل فيه، فإن الاستعمالات الشخصية تختلف حسب اختلاف الموارد، وليس هناك قاعدة كلية مطردة بتقديم أحدهما على الآخر، بل اللازم النظر في كل مورد وقع الشك فيه يرجع إلى الأصول اللفظية المقررة في تعيين المراد، فإن تعارضت فإلى الأصول الحكمية من البراءة والاستصحاب)) .

٤- العرف الذي يرجع إليه لاستكشاف ((ما يمكن الاحتجاج به - وهو بناء العرف العام - على الأخذ بالظواهر أو الأخذ بقول الثقة، أي ما يستكشف به الحجة الأصولية)) [1].

وأيضا هنا لا يرقى العرف إلى الإفادة المذكورة إلا إذا ارتفع إلى مستوى بناء العقلاء .

ويفرق الشيخ التسخيري بين هذا القسم (الرابع) والقسم الأول، ((بأن هذا يشير إلى الأصول المستكشفة، بينما يركز الأول على الفروع الفقهية، ويمكن جمعها تحت عنوان واحد فيقال: ما يستكشف به الحجة أو الحكم الفرعي)) .

وإلى هنا، وفي هدي ما تقدم، لا بد من إضافة عنصرين آخرين لمقومات العرف، هما:

- إمضاء الشارع المقدس له بإقراره وعدم الردع عنه، ليدخل دائرة السنة التقريرية.

- أو عدم مخالفته لما هو ثابت في الشرع الشريف.

وقد تبينا هذا مما تقدم من التعريف لحالات الرجوع إليه.

مستوى دلالته:

وأعني ما يعنونونه بالتساؤل التالي: (هل العرف أصل) .

---

[1] التسخيري ٣٤٠٧ .

ويريدون به: هل العرف أصل من أصول الفقه مستقل بذاته، أو أنه منـدرج ضمن أصول أخرى.

اختلف علماء أهل السنة فيه على أقوال، هي:

١- أنه دليل، وأصل مستقل بذاته.

٢- رده إلى دليل الإجماع.

٣- رده إلى الاستحسان .

٤- رده إلى المصلحة المرسلة، وهو الرأي المشهور بينهم.

ولمعرفة هذه الأقوال وما قيل فيها يرجع إلى موضوع (العرف: بحث فقـهي مقارن) للدكتور محمد جبر الألفي المنشور في العدد الخامس من (مجلة مجمع الفقه الإسلامي) لسنة ١٤٠٩هـ -١٩٨٨م، ص ٣٢٧٣ - ٣٢٧٦.

أما في رأي الإمامية فقد رأينا - ونحن ندرس مجالات العرف - أنه ليـس بأصل مستقل بذاته حيث لم يأت ما يفيد هذا.

فهو - والحالة هذه - قد يرد إلى بناء العقلاء، وقد يرد إلى السيرة القطعية.

ومن هنا لا أرى - من ناحية منهجية - إثارة البحث في أدلة حجيتـه، لأن هذا لا يتأتى إلا إذا كان دليلا مستقلا.

وبناء العقلاء، وكذلك السيرة القطعية اللذان رأينا دخوله داخل إطـار أي منهما كلا في موضعه، بحثت حجيتها في أصول الفقه، ولا خلاف فيهما بعـد ثبوت كشفهما عن السنة الشريفة.

تقسيمه أيضا:

بقي أن أشير -هنا- إلى أن الفكر الإمامي يقسم العرف إلى:

١- **عام**: وهو عرف أبناء المجتمع عامة على اختلاف طبقاتهم ومميزاتهم.

٢- **خاص**: وهو عرف أهل الخبرة في كل مجال من مجالات الحياة.

النتيجة:

ونخلص مما تقدم إلى التالي:

١- أن العرف يعني العادة الاجتماعية الملزمة والمقرة شرعا.

٢- يرجع إليه - عند أصحابنا - في تشخيص الموضوعات الـتي لم تحـدد شرعا، وأوكل أمر تحديدها إلى العرف.

٣- يرجع إليه بصفته قرينة في تعيين مرادات المتكلمين.

وكل هذه مما يرحب مجاله في المعاملات المالية - كما سيأتي - .

نظرية الملك

التعريف :

١) في اللغة:

يقال -في لغتنا العربية-: ملك يملك ملكا وملكا وملكا -بتثليث الميم وسكون اللام-، إذا احتوى الشيء، وتمكن من الاستبداد به.

فالملك -في هذا التعريف- مصدر، يعني الاحتواء الذي يمنح الحاوي سلطة الاستبداد بالشيء المحتوى.

وعرف (المعجم الوسيط) الملك بـ (ما يملك ويتصرف فيه) ، ثم قال: (يذكر ويؤنث) .

فهو في هذا التعريف يعني الشيء المحتوى الذي يحق للحاوي التصرف فيه.

ومتى جمعنا بين التعريفين اللغويين المذكورين نخرج بالنتيجة التالية:

إن الملك يطلق في لغتنا على أمرين، هما:

أ- احتواء الشيء، ويعبر عنه في اللغة بـ (التملك).

ب- الشيء المحتوى، ويعبر عنه في اللغة بـ (المملوك).

وأخذ من المادة اللغوية (م . ل . ك) مصدر صناعي هو (ملكية).

وتستعمل كلمة ملكية – أيضا – في المعنيين المذكورين (التملك والمملوك).

ويقال أيضا: تملك الشيء وامتلكه: إذا ملكه.

ويفرق في اللغة الإنجليزية بين المعنيين المذكورين فيقال للملكية بمعنى التملك أو الاحتواء **Ownership** وبمعنى المحتوى أو المملوك **Property** .

٢) في الفلسفة:

والملك في الفلسفة القديمة، وبخاصة في الفلسفة اليونانية هو أحد المقـــولات العشر التي هي إحدى نظريات أرسطو الفلسفية.

ويقال لمقولة الملك أيضا: مقولة الجدة.

والجدة في لغتنا العربية: الغنى واليسار.

وهي - أعني مقولة الملك أو الجدة: تعني العلاقة بين الحاوي والمحتـــوى، أو بين المالك والمملوك.

٣) في علم الاقتصاد:

تعني كلمة الملكية في المصطلح الاقتصادي مفهومين، هما:

أ- حق امتلاك الشيء **Ownership**.

ب- الشيء المملوك **Property** .

جاء في (معجم غطاس) -ص ٣٩٨- : ((الملكيـــة **Ownership**: حـــق الشخص في التصرف بالممتلكات التي تخصه دون غيره)) .

وفي ص ٤٣٧: ((الملكية **Property** : تعني الكلمة بمفهومها الضيق: حـــق الفرد المطلق وغير المقيد في الأشياء الخاصة به، سواء كـــانت أرضـــا أو أمتعـــة شخصية.

وفي الوقت الحاضـــر: أصبحت الكلمة تعني الأشياء المملوكة لا الحـــق في امتلاكها)).

٤) في القانون المدني:

يعرف القانون المدني الفرنسي في المادة ٥٤٤ الملكية فيقول: ((الملكية: هي الحق في الانتفاع بالشيء وفي التصرف فيه على نحو أشد ما يكون إطلاقا، بشرط أن لا يستعمل الشيء على وجه يحرمه القانون أو اللوائح))[١].

ونلمس صدى هذا التعريف في تعريف القانون المدني المصري القديم (المادة ١١ / ٢٧) حيث يقول: ((الملكية هي الحق للمالك في الانتفاع بما يملكه، والتصرف فيه بطريقة مطلقة))[٢].

ويعلق بورتاليس **Portalis** على الحرية المطلقة التي يعطيها القانون الفرنسي للمالك في التصرف بملكه فيقول: ((لقد اعتبر -دائما- مبدءا من المبادئ الحرة أن الملكية الفردية في التقنين المدني تدخل من النظم الطبيعية، بل النظم الإلهية، وأن حقوق الملاك على أملاكهم هي حقوق مقدسة يجب أن تحترمها الدولة نفسها))[٣].

وفي المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الجديد وضعت المادة ٨٠٢ بالصيغة المقترحة التالية: ((لمالك الشيء ما دام ملتزما حدود القانون أن يستعمله وأن ينتفع به وأن يتصرف فيه دون أي تدخل من جانب الغير بشرط أن يكون ذلك متفقا مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية))[٤].

ثم عدلت الصيغة المذكورة بعد عرض المشروع على المجلس إلى التالي: ((لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه)).

---

[١] الوسيط ٤٨٣/٨.

[٢] م . س ٤٩٣.

[٣] م . س ٤٨٣.

[٤] م . س ٤٩٣

فحذف منها ما يشير إلى الوظيفة الاجتماعية للملكية التي تعني تدخل الدولة في التصرف بالأملاك الفردية وفق مقتضيات المصلحة العامة.

وكما أوضحنا في التعريف اللغوي أن الملك قد يعني التملك، وقد يعني المملوك، لا بد أن نشير -هنا- إلى أن الإصطلاح التشريعي يفرق بين علاقة الاختصاص القائمة بين المالك والمملوك، وأثر العلاقة وهو حق استفادة المالك من هذه العلاقة في التصرف بمملوكه.

فالقانون المدني -كما رأينا في تعريفاته المذكورة- يعتبر الملك أثرا للعلاقة، ذلك الأثر الذي عبرت عنه التعريفات بحق الانتفاع أو الاستعمال أو التصرف، والذي يمكننا أن نختصره فنعبر عنه بـ(حق الاستفادة).

ذكرت هذا لنفيد منه في ما يأتي:

٥) في الفقه:

قال في (فتح القدير): ((الملك: هو قدرة، يثبتها الشرع ابتداء على التصرف)) [1].

وفي (المدخل) -١/٢٤١-: ((الملك هو: اختصاص حاجز شرعا، و (لـ) صاحبه التصرف إلا لمانع)) .

ويعلق عليه صاحب المدخل بقوله: ((وهذا أوجز وأجمع تعريف استخلصناه مركبا من عدة تعاريف ذكرها الفقهاء في كل منها مزية ونقص، فجاء، جامعا لمزاياها ومستدركا لنواقصها)) .

ويشير في الهامش إلى أن التعريفات للملك المختلفة التي ألمح إليها نقلها الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه (الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية) .

---

[1] المدخل ١/٢٤٠

ثم يشرح بعض ألفاظ التعريف فيقول: ((والمراد بكونه (حاجزا) أنه يحجز غير المالك عن الانتفاع والتصرف دون إذن المالك.

وأما (المانع) الذي يمنع المالك نفسه عن التصرف فيشمل حالتين:

- نقص الأهلية كما في الصغير إذ يتصرف عنه وليه.

- وحق الغير كما في المال المشترك والمال المرهون إذ تتقيد فيهما تصرفات الشركاء والراهن رغم ملكيتهم.

فوجود هذا المانع لا ينافي الملك لأنه عارض)) .

ثم يقول: ((وهذا التعريف يتناول جميع أنواع الملكية - الآتي بيانها - من ملكية الأعيان أو المنافع أو الديون)).

وينهي تعليقه بقوله: ((ومن هذا التعريف يتضح أن الملك هو عبارة عن: علاقة الإنسان بالمال، وما في حكمه من المنافع، فهو التصوير التشريعي لهذه العلاقة وثمرتها وحدودها)).

والفرق بين تعريف الفتح وتعريف المدخل هو أن القدرة في تعريف الفتح هي ثمرة الاختصاص في تعريف المدخل.

ويبدو لي أن تعريف المدخل هو صدى لتعريف الشريف الجرجاني في (التعريفات) الذي يقول فيه: ((والملك - في اصطلاح الفقهاء - : اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقا لتصرفه فيه، وحاجزا عن تصرف غيره فيه)).

ويعرفه الشيخ ابن أبي جمهور في كتابه (الأقطاب الفقهية) بقوله: ((الملك: حكم شرعي مقدر في عين أو منفعة، يؤثر تمكن المضاف إليه (يعني المالك) من الانتفاع به وأخذ العوض منه من حيث هو كذلك)).

وتعليقا على المادة ١٢٥ من (مجلة الأحكام العدلية) يعرفه الشيخ كاشف الغطاء في تحريرها بقوله: ((الملك: إضافة بين الإنسان والأموال تقتضي سلطنته عليها)).

ولأن الملك – في واقعه من ناحية فقهية – حكم وضعي يعني العلاقة بين الإنسان والمال، كالزوجية بين الرجل والمرأة يأتي تعريفه بأنه اختصاص موائما وطبيعته، لأن الاختصاص –هنا– يعني الإضافة أو العلاقة.

وكذلك تعريفه بالحكم الشرعي كما في نص ابن أبي جمهور يلتقي وطبيعة الملك لأنه أيضا يعني الإضافة بقرينة قوله (يؤثر تمكن المضاف إليه).

أما تعريفه بالإضافة فواضح.

فالملك– في ضوء هذا –: هو العلاقة الشرعية بين الإنسان والمال أو المالك والمملوك التي تعطي الإنسان أو المالك حق السلطنة على المال أو المملوك في التصرف به بمختلف أنحاء التصرف المشروعة.

أسباب الملك :

ويراد بها أسباب التملك في الشريعة الإسلامية، أي الأسباب التي عن طريقها يصح شرعا تملك الأشياء.

وهي – بحسب واقعها – على أنواع:

١- ما يكون سببا للتملك ابتداء، وهو الذي يكون الشيء المسببة ملكيته عنه لم يكن قبله مملوكا لأحد شرعا، وإنما عن طريق هذا السبب تم تملكه ولأول مرة.

٢- ما يكون سببا لانتقال ملكية الشيء من مالك لآخر.

٣- ما يكون سببا في التعويض عن ملك تالف أو ضرر لحق بآخر.

ومن هنا رأيت أن أحصر الأسباب بالآتي:

١- الاحتياز أو الإحراز.

٢- الانتقال أو التمليك.

٣- التعويض أو التضمين.

وسيأتي الكلام عنها بعد استعراض ما ذكره المعنيون من أسباب، وهي:

١) جاء في كتاب (مجلة الأحكام العدلية) في المادة ١٢٤٨: ((أسباب التملك ثلاثة:

الأول: الناقل للملك من مالك إلى مالك آخر كالبيع والهبة.

والثاني: أن يخلف واحد الآخر، كالإرث.

والثالث: إحراز شيء مباح لا مالك له.

وهذا (أي السبب الثالث):

- إما حقيقي: وهو وضع اليد حقيقة على شيء.

- وإما حكمي: وذلك بتهيئة سببه كوضع إناء لجمع ماء المطر، أو نصب شبكة لأجل الصيد)).

ومثلت (المجلة) في السبب الأول بالبيع والهبة لتشير إلى أن العقود سواء كانت ذات معاوضة كالبيع أو لا معاوضة فيها كالهبة هي من أسباب التملك، وذلك عن طريق انتقال المال أو المملوك بواسطة العقد من مالك لآخر.

وتعني بالإحراز الحقيقي: الاستيلاء المباشر، وبالحكمي الاستيلاء غير المباشر.

٢) وفي كتاب (المدخل الفقهي العام) للأستاذ الزرقاء ١/٢٤٢ : ((إن أسباب التملك التي أقرها التشريع الإسلامي تنحصر في أربعة:

١- إحراز المباحات.

٢- العقود.

٣- الخلفية.

٤- التولد من المملوك)).

وعرف (المباح) بأنه: ((المال الذي لم يدخل في ملك محترم، ولا يوجد مانع شرعي من تملكه، كالماء في منابعه، والكلأ في منابته، والأشجار في البراري غير المملوكة، وصيد البر والبحر، وإلخ)).

ومثل للعقود بالبيع والإجارة والهبة والكفالة والإقالة، لتشمل جميع أنواع العقود المشروعة، وجميع أنواع الأموال من عين ونقد ودين ومنفعة وحق.

وعرف (الخلفية) -بفتحتين مع تشديد الياء- بأنها: ((حلول شخص أو شيء جديد محل قديم زال، في الحقوق)) .

و (في الحقوق) متعلق بـ (حلول) .

ونوع الخلفية إلى نوعين، هما:

- ((خلفية شخص عن شخص كالإرث)).

- ((خلفية شيء عن شيء وهي التضمين أو التعويض)).

فـ ((الإرث خلفية يحل بها الوارث محل المتوفى في ملكية أمواله المخلفة التي تسمى (تركة)، وفي المسؤوليات المالية بتلك التركة)).

والتضمين أو التعويض مثل ((إذا أتلف أحد لآخر شيئا، أو غصبه منه فهلك أو فقد.

وكذا إذا ألحق بغيره ضررا بجناية أو تسبب.

ففي ذلك وأمثاله يجب عليه ضمان ما أتلفه، وتعويض الضرر الذي باشره أو تسبب به.

وعندئذ يملك المعوض له ذلك العوض ملكا مستندا إلى سبب الخلفية، لأن هذا العوض خلف عما تضرر فيه من مال أو منفعة أو عضو.

ويدخل في ذلك الدية وأرش الجنايات، فكل ذلك يملك بسبب الخلفية)).

ويريد بالسبب الرابع: أن نماء المملوك يتبع الأصل فيكون ملكا لمالك الأصل كثمار الأشجار، وولد الحيوان، وأصواف الغنم، وألبان البقر، وأمثالها.

٣) وتناولها الشهيد الأول في (القواعد والفوائد) ضمن القاعدة السابعة التي هي في الوسائل، قال: « الوسائل خمس:

أحدها: أسباب تفيد الملك، وهي ستة:

الأول: ما يفيد ملك العين بعقد معاوضة كالبيع والصلح والمزارعة والمساقاة والمضاربة.

الثاني: ما يفيد ملك العين بعقد لا معاوضة فيه، كالهبة والصدقة والوقف والوصية بالعين، وقبض الزكاة والخمس، والنذر.

الثالث: ما يفيد ملك العين لا بعقد، كالحيازة والإرث، وإحياء الموات، والاغتنام والالتقاط.

الرابع: ما يفيد ملك المنفعة بعقد معاوضة كالإجارة.

الخامس: ما يفيد ملك المنفعة بعقد غير معاوضة كالوصية بالمنفعة، والعمرى عند الشيخ وابن إدريس.

السادس: ما يفيد ملك المنفعة لا بعقد كإرث المنافع » .

٤) وتحريرا للمادة ١٢٤٨ من (مجلة الأحكام العدلية) المتقدمة استعرض الشيخ آل كاشف الغطاء أسباب الملك في كتابه (تحرير المجلة ٢٤٩/٣) فقال: « أسباب الملك نوعان: قهرية واختيارية.

وتحت كل نوع من هذين أصناف:

وأظهر أسباب التملك القهري: الإرث والجنايات والأرش والنذور، وما إلى ذلك.

وأظهر أسباب التملك الاختياري: الاكتساب والبيع والشراء والصيد والحيازة وإحياء الموات وما إلى ذلك)).

وردا على ما ذكرته (المجلة) من تقسيم إحراز المباح إلى حقيقي وحكمي قال: ((ولا حاجة في أمثال الصيد والحيازة إلى وضع اليد لا حقيقة ولا حكما بل المدار على صدق الاستيلاء عرفا، ومنه التحجير الذي يثبت به حق اختصاص في المباح إلى أمد معين.

أما لو نصب شبكة فوقع الصيد فيها فقد ملكه بالاستيلاء حقيقة ولا يجوز لغيره أن يتصرف فيه بدون إذن الحائز الأول، ولو أتلفه كان ضامنا)).

ومن مجموع ما تقدم يمكننا أن نجمع الأسباب في العناوين التالية:

١- الاحتياز.

٢- الانتقال.

٣ - التعويض.

١) الاحتياز أو الحيازة:

وهو المصطلح في لغة الفقه الإمامي، والإحراز وهو المصطلح في لغة الفقه السني، من المترادف الذي يدل على معنى واحد، يقال: أحرز الشيء إذا حازه، ويقال: حاز الشيء إذا أحرزه.

وحاز الإنسان الشيء: جمعه وضمه إلى نفسه.

تقول: حاز الإنسان العقار حوزا وحيازة إذا ملكه.

ويقابله في الإنجليزية **Acquire**.

ويقولون: حازه في حوزه أو حوزته: أخذه وأدخله في ملكه.

واحتاز احتيازا بمعنى حاز وأحرز.

والحوزة: الناحية، والملك.

فالمباحات التي هي غير مملوكة كالمياه في البحار، والأراضي في الصحــاري، والأعشاب في منابتها البرية غير المملوكة، والطيور في الأجــواء، والأسمــاك في البحار، وفي الأنهار غير المملوكة، والحيوانات في الغابات العامة غير المملوكة.

كل هذا وأمثاله إذا استولى إنسان على شيء منه، وضمه إليه، صار ملكــه، وشملته مقولة (من حاز ملك).

ويندرج في قائمة هذا السبب (إحياء الموات) ففي المروي عن النــبي (ص) : (من أحيا أرضا ميتة فهي له).

والأرض الميتة -ويقال لجمعها الأراضي الموات- هي التي ليس لها مـــالك مخصوص أو مــعروف.

فإذا أحيا إنسان أرضا ميتة دخلت في ملكه، وشملتها مقولة (من أحيا ملك).

٢) الانتقال:

وأعني به انتقال الملك من شخص لآخر، بأي سبب من أسباب الانتقــال المشروعة.

أو قل: هو التمليك عن طريق السبب المشروع.

ويشمل هذا:

أ- التمليك بعقد معاوضة كالبيع، حيث ينتقل فيه المبيع من ملك البــائع إلى ملك المشتري، وينتقل ثمنه من ملك المشتري إلى ملك البائع.

فالانتقال يتمثل في المعاوضة والمبادلة من ملــك البــائع إلى ملــك المشتري، ومن ملك المشتري إلى ملك البائع.

ب- التمليك بعقد لا معاوضة فيه كالهبة حيث ينتقل فيها الموهوب مـــن ملك الواهب إلى ملك الموهوب له.

فالتمليك هنا لا مبادلة فيه لأنه من طرف واحد.

ج- التمليك بغير عقد كالإرث حيث ينتقل فيه المال من المتوفى إلى وارثه بسبب شرعية الإرث.

٣) **التعويض:**

وأعني به التضمين الشرعي بسبب تلف مال أو فقده، أو بسبب إضرار أوقعه شخص على آخر.

وهو التعويض المالي عن التالف أو المفقود أو الضرر.

ويدخل فيه الديات وأروش الجنايات.

والفرق بين الدية والأرش هو:

أن الدية: عوض مالي عن إزهاق النفس أو إتلاف العضو.

والأرش: عوض مالي عن حدوث إضرار بالغير دون مستوى إزهاق النفس أو إتلاف العضو.

متعلق الملك :

ويسمى في القانون (محل الملكية) وهو المحل الذي يتعلق به الملك، أي يقع عليه الملك فيملك.

ومحل الملك أو متعلقه - فقهيا - هو كل مال يجوز تملكه شرعا.

وتقدم -في المقدمة- تعريف المال وبيان الأشياء التي يصدق عليها عنوان المال، على الخلاف الذي أشرنا إليه، فلا حاجة للإعادة.

فائدة الملك :

والفائدة التي يستفيدها المالك من العلاقة القائمة بينه وبين الشيء المملوك التي تسمى بالملك هي حق التصرف بمختلف أنواع التصرف المشروعة دينيا، وذلك لقاعدة السلطنة المستفادة من حديث النبي (ص):(الناس مسلطون على أموالهم) الذي يفيد أن للإنسان سلطانا على ماله يتصرف فيه ولكن في حدود ما

يقره الشرع الشريف تحقيقا لمصلحة الفرد من خلال المحافظة على مصلحة الجماعة.

النتيجة:

وننتهي من جميع ما تقدم إلى النتائج التالية:

١- يطلق لفظ الملك والملكية على التملك والمملوك.

٢- الملك: هو العلاقة الشرعية بين الإنسان والمال التي تمنح الإنسان حق السلطنة على ماله يتصرف فيه بمختلف أنحاء التصرف المشروعة.

٣- أسباب الملك ثلاثة :

أ- الاحتياز .

ب- الانتقال.

ج- التعويض.

٤- متعلق الملك: هو المال.

٥- فائدة الملك: حرية تصرف الإنسان المالك في المال المملوك بشتى أنحاء التصرف المشروعة.

ومن الآثار التي تترتب على هذا في المعاملات ما ذكروه من قواعد أمثال:

- لا بيع إلا في ملك.
- لا وقف إلا في ملك.
- لا عتق إلا في ملك.
- لا رهن إلا في ملك

نظرية الحق

ستكون دراستنا لنظرية الحق في مجالات اللغة والقانون والفقه، وكالتالي:

الحق في اللغة :

ذكر المعجميون العرب لكلمة الحق أكثر من معنى، وسأشير إلى بعضها واضعا يدي على ما يلتقي وموضوع دراستنا (المعاملات المالية) ، وهي:

١- الثابت بلا شك، كما في قوله تعالى: **{إنه لحق مثل ما أنكم تنطقون}**.

٢- النصيب أو السهم الواجب للفرد أو الجماعة.

ذكر هذان المعنيان في (المعجم الوسيط).

٣- الواجب، يقال: حق الشيء يحق، أي وجب الشيء يجب.

٤- خلاف الباطل.

ذكرهما الجوهري في (الصحاح).

٥- العدل والإنصاف.

ذكره الكرمي في (الهادي).

٦- الاختصاص.

ذكره الفيومي في (المصباح) حيث قال: « وقولهم (هو أحق بكذا) يستعمل بمعنيين:

أحدهما: اختصاصه بذلك من غير مشاركة، نحو (زيد أحق بماله) أي لا حق لغيره فيه.

والثاني: يكون أفعل تفضيل فيقتضي اشتراكه مع غيره وترجيحه للأول على غيره، كقولهم: (زيد أحسن وجها من فلان) ، ومعناه: ثبوت الحسن لهما وترجيحه، قاله الأزهري وغيره.

ومن هذا الباب:(الأيم أحق بنفسها من وليها) فهما مشتركان وحقها آكد)) .

٧- الامتياز.

ذكره المرعشليان في (الصحاح).

وهو: ((أن تمنح الدولة فردا أو شركة حق القيام ببعض الأعمال العامة، وتفرض عليه التزامات وشروطا يتعهد بالوفاء بها)).

٨- الميزة.

كما عن (معجم لاروس)، ففيه: ((قا. (أي في القانون): ميزة يملكها المرء في أن يعمل أو لا يعمل، أو في أن يتصرف بشيء، أو أن يلزم غيره على العمل أو عدم العمل)).

٩- وبما أننا تجاوزنا حدود اللغة -وعن طريقها- إلى عالم القانون، فمن المفيد أن نلحق الفلسفة بالقانون فنشير إلى **معنى الحق فلسفيا:**

جاء في (المعجم الفلسفي لمجمع اللغة العربية - القاهرة): ((حق : **True**

أ- فلسفيا: أحد القيم الثلاث: الحق والخير والجمال.

ب- أخلاقيا: ما طابق القواعد والمبادئ الأخلاقية.

ويقسم الحق إلى:

-**طبيعي**، تفرضه طبيعة الإنسان.

-**ووضعي**، يمكن أن تمليه التقاليد والقوانين)).

وفي صحاح المرعشليين: ((حق **Right** :

-أخلاقيا: ما طابق المبادئ والقواعد الأخلاقية.

ويقابل الواجب.

-فلسفيا: ما طابق الذهن أو الواقع.

ويقابل الباطل».

١٠- وفي (المعجم الوسيط): «حق الأمر حقا وحقة وحقوقا: صح وثبت وصدق.

ويقال: يحق عليك أن تفعل كذا: يجب.

ويحق لك أن تفعل كذا: يسوغ».

هذه هي أهم المعاني التي ذكرها المعجميون العرب لكلمة (حق).

والذي يلتقي منها وموضوع درسنا هو: (الامتياز) و (الميزة) و (الاختصاص).

ذلك أن الحق -فقهيا- نحو من الامتياز تمنحه الدولة الإسلامية للإنسان ليصح تصرفه في الشيء الذي ميز به وفق تعليمات وشروط الدولة.

وكذلك هو ميزة يملكها الإنسان وفق تعليمات الشريعة الإسلامية، وتتمثل في منحه التصرف في الشيء الذي ميز به وفق الشروط الشرعية.

أو هو: نحو من الاختصاص دون مستوى الملكية. وسيأتي لهذا مزيد توضيح.

الحق في القانون :

وبدءا لابد من التنبيه إلى أن الاستعمال- في مجالي الفقه والقانون- لكلمة الحق يشمل معنيين، هما:

١- الأحكام الفقهية أو القانونية، التي هي مجموعة النصوص والفتاوى.

٢- السلطة أو المكنة، التي يمنحها الشرع أو القانون للإنسان ليسوغ له التصرف بالشيء.

ولتوضيح هذا بمثال من القانون نقول:

إن القانون يجوز للمواطن أن يتملك.

إن هذا التجويز حكم من أحكام القانون.

وإذا تملك المواطن شيئا في حدود تسويغ القانون، فإن هذه الملكية كعلاقة بينه وبين ذلك الشيء المملوك تمنحه السلطة على مملوكه ليتصرف فيه في نطاق الحدود المشروعة.

فالحكم بالتملك يطلق عليه كلمة حق.

والسلطة الممنوحة بعد التملك يطلق عليها -أيضا- كلمة حق.

وقد يميز بينهما في ترتيب الآثار، وقد لا يميز، فيقع الخلط بينهما، ولذا اقتضى التنبيه لذلك.

تعريف الحق :

يعرف الدكتور سلطان في كتابه (المبادئ القانونية العامة) الحق بأنه «مصلحة مادية أو معنوية مقررة لشخص قبل آخر يحميها القانون.

كحق الملكية على عقار أو منقول، وحق الدائن قبل مدينه».

ويعرفه الأستاذ السنهوري في مجال المعاملات المالية الخاصة، بأنه «مصلحة مالية يقرها القانون للفرد»[1].

إن المراد بالحق في التعريفين المذكورين وأمثالهما الحكم وهو جواز التملك الذي من لوازمه التمكن من التصرف، المعبر عنه بالسلطة أو السلطان أو المكنة.

أركان الحق :

يقول الدكتور سلطان معلقا على تعريفه المذكور في أعلاه: «رأينا أن الحق مصلحة مادية أو معنوية مقررة لشخص يحميها القانون.

---

[1] نقله الأستاذ الزرقاء في (المدخل ٣/١٢) عن كتاب (نظرية العقد) للسنهوري، وأشار إلى أن « هذا التعريف في الأصل هو للفقيه الألماني اهرنج ».

وإذا حللنا هذا التعريف تبين لنا أن الحق ينطوي على ركنين أساسيين، هما:

- صاحب الحق .
- ومحل الحق ».

ويريد بصاحب الحق الشخصية القانونية، وهي تشمل الشخص الطبيعي وهو الإنسان، والشخص المعنوي أو الاعتباري كالشركة والدولة والمؤسسات الثقافية كالجامعات، والاجتماعية كالجمعيات .. وإلخ.

ويريد بمحل الحق متعلق الحق، أو قل: ما يرد عليه الحق من أشياء أو أعمال.

وتستلزم هذه العلاقة القائمة بين صاحب الحق ومحل الحق ما يعرف – قانونيا – بـ(مضمون الحق) وهو السلطة التي يخولها الحق لصاحبه.

أقسام الحق :

تقسم الحقوق في عرف القانون إلى: سياسية ومدنية.

- ويراد بالحق السياسي: الحق الذي يخول المواطن المساهمة في إدارة شؤون الحكم في وطنه.
- وبالحق المدني: الحق الذي يعطى للإنسان بصفته عضوا في المجتمع الإنساني، كحق الحياة وحرية الرأي.

وتقسم الحقوق المدنية إلى: عامة وخاصة.

- **والحق العام:** هو الحق المستمد من طبيعة الإنسان كإنسان. ومن هنا سميت هذه الحقوق بالحقوق الطبيعية وحقوق الإنسان.
- **والحق الخاص:** هو الحق الذي يكفل للإنسان مزاولة نشاطه سواء في نطاق الأسرة أم في نطاق المعاملات المالية.

ومن هنا قسموا الحقوق الخاصة إلى: حقوق الأسرة، والحقوق المالية.

- وحقوق الأسرة: هي تلك الحقوق التي تثبت للإنسان بصفته عضوا في أسرة معينة.

- والحقوق المالية: هي تلك الحقوق «التي يقوم محلها بالنقود، وهي قوام المعاملات المالية».

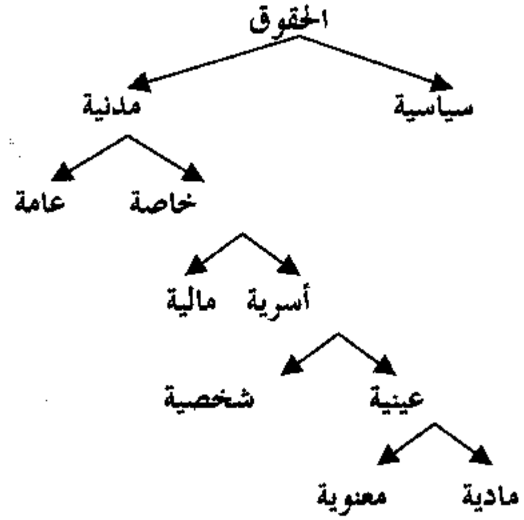
وتقسم هذه الحقوق المالية إلى: عينية وشخصية.

- **والحق الشخصي:** هو الذي يقوم بين شخصين، كالدين بين الدائن والمدين، والرهن بين الراهن والمرتهن.
- **والحق العيني:** هو ما يقوم بين الشخص والشيء.

ويقسم هذا الحق إلى: مادي ومعنوي.

- **والمادي:** هو ما يكون الشيء الذي هو طرف المعاملة الآخر ماديا، كحق الملكية.
- **والمعنوي:** هو ما يكون الشيء الذي هو طرف المعاملة الآخر معنويا، كالإنتاج الفكري، مثل حق المؤلف. ويسمى هذا الحق أيضا بالحق الذهني.

الخلاصة :



مصادر الحق :

يراد بمصدر الحق –هنا– ما يستمد منه الحق، وهو في عـــرف المشــرعين القانونيين: القانون.

والقانون يستمد أحكامه من العرف والدين والتشريع القانوني.

وأخيرا أمسى يستمد أحكامه –وبخاصة في المعاملات المالية– من التشـــريع الذي يراد به اجتهاد المشرعين القانونيين في نطاق القواعد والمبادئ القانونية.

الحق في الفقه :

ألمحت –في ما تقدمه– إلى أن كلمة (الحق) تطلق في لغة الفقه على معنيـــين، أحدهما عام، والآخر خاص.

ويريدون بالمعنى العام: الحكم تكليفا أو وضعا، وبالخاص: ذلك النوع مـــن السلطة التي هي دون سلطة المالك، أي هي أضعف منها وأخف.

ذكر هذا غير واحد من الفقهاء، منهم:

– السيد محمد تقي بحر العلوم في تعليقه على (بلغة الفقيه) لخاله السيد محمد آل بحر العلوم ١/٣٣ فقال: «قد يطلق الحق على عنوان عام شامل لكل ما جعله الشارع المقدس بالجعل التأسيسي والإمضائي.

وهو بهذا الإطلاق عبارة عن التحقق والثبوت، ويشمل الحكـــم الشـــرعي تكليفا وإمضاء.

وله إطلاق آخر أخص من هذا العنوان العام في اصطلاح الفقهاء خصوصـــا المتأخرين منهم، وهو عبارة عن مرتبة ضعيفة من الملك، وإضافة ناقصة مجعولـــة من المالك الحقيقي –تبارك وتعالى– لذي الحق».

– والشيخ مصطفى الزرقاء في كتابه (المدخل الفقهي العام ١/٩) قـــال: « والحقوق لها معنيان أساسيان:

أ) فهي أولا تكون بمعنى (مجموعة القواعد والنصوص التشريعية) التي تنظم على سبيل الإلزام علائق الناس من حيث الأشخاص والأموال.

فهي بهذا المفهوم قريبة من مفهوم خطاب الشارع المرادف لمعنى (الحكم) في اصطلاح علماء أصول الفقه، أو لمعنى (القانون) في اصطلاح علماء القانون.

وهذا المعنى هو المراد عندما نقول -مثلا- الحقوق المدنية أو القانون المدني.

ب) وهي ثانيا تكون جمع (حق) بمعنى السلطة والمكنة المشروعة، أو بمعنى المطلب الذي يجب لأحد على غيره.

وهذا هو المراد في مثل قولنا: (إن للمغصوب منه حق استرداد عين ماله لو قائما، وأخذ قيمته أو مثله لو هالكا) و (إن للمشتري حق الرد بالعيب) و (إن التصرف على الصغير هو حق لوليه أو وصيه) ونحو ذلك» .

تعريف الحق :

عرفه صاحب البلغة بقوله: « سلطنة مجعولة للإنسان من حيث هو، على غيره -ولو بالاعتبار- من مال أو شخص أو هما معا، كالعين المستأجرة، فإن للمستأجر سلطنة على المؤجر في ماله الخاص.

وهو أضعف من مرتبة الملك، أو أول مرتبة من مراتبه المختلفة في الشدة والضعف».

وعرفه صاحب التعليق على البلغة بقوله: «الحق: سلطنة مجعول زمامها بيد ذي الحق، فله القدرة على الإعمال والإسقاط».

ومن هذين التعريفين نتبين أن الحق نحو اختصاص أو علاقة بين الإنسان والإنسان، أو بين الإنسان والشيء، تعطيه سلطة التصرف فيه في حدود محدودة ومعينة.

ويتحقق أثر هذه السلطة في تمكن صاحب الحق من الإعمال والإسقاط.

الفرق بين الحق والحكم :

نبهنا -في ما تقدمه- إلى أن للحق معنيين: عاما وهو الحكم، وخاصا وهو السلطان أو السلطة.

وهنا ننبه إلى أن المقصود في مجال دراستنا للمعاملات المالية هو المعنى الثاني أعني السلطة أو السلطنة.

ولذا كان لا بد من التفريق بينهما، وأيضا لأن هناك قضايا يشتبه في أنها من الحكم وهي من الحق، وبالعكس، استعرض جملة منها السيد آل بحر العلوم في (البلغة) وابن أخته في التعليق عليها.

فرق بينهما صاحب البلغة ببيان مفهوم كل منهما من خلال تعريفه فقال: «أما الحكم فهو جعل بالتكليف أو بالوضع متعلق بفعل الإنسان من حيث المنع عنه والرخصة فيه أو ترتب الأثر عليه.

وأما الحق فهو سلطنة مجعولة للإنسان من حيث هو على غيره - ولو بالاعتبار - من مال أو شخص أو هما معا».

وفرق بينهما ابن أخته في التعليق على البلغة بالأثر المترتب على كل واحد منهما فقال: «إن المايز بين الحكم والحق هو:

- أن الحكم لا يسقط بالإسقاط إذ هو مجعول من الشارع المقدس على موضوعه، فزمامه بيده، وأمر وضعه ورفعه إليه.

- بخلاف الحق فإن قوامه قابليته للإسقاط والعفو ممن جعل له.

وهو وإن كان كالحكم من حيث الجعل من الشارع الأقدس، إلا أن نحو الجعل مختلف.

- فإن الحق جعل لصاحبه بنحو يكون زمامه بيده، فله الأخذ به، وله العفو والإسقاط.

- بخلاف الحكم فإنه مجعول من الشارع المقدس على موضوعه بنحو يكون رفعه بيد جاعله كوضعه)).

الفرق بين الحق والملك :

أبنت -في ما مر- أن الحق نحو من الملك إلا أنه يختلف عنه في أنه أضعف منه أو أنه أول مرتبة من مراتبه، وهذا -بطبيعته- يقتضي التفرقة بينهما.

ويبين الفرق بينهما في مقدار أو مستوى التصرف، حيث إن لصاحب الملك مطلق التصرف في ملكه، بينما لا يتم هذا لصاحب الحق، ذلك أن تصرفه مقيد في حدود ما تسمح به العلاقة بينه وبين الآخر.

قال السيد محمد تقي بحر العلوم في التعليق على البلغة مفرقا بينهما: ((إن العلقة (العلاقة) والإضافة الحاصلة بين المضاف والمضاف إليه إذا كانت تامة صالحة لأنحاء التقلبات تسمى ملكا.

وإذا كانت ناقصة لا تصلح إلا لنحو من التقلب لقصور في نفسها أو متعلقها تسمى حقا، كالإضافة الحاصلة للمرتهن بالنسبة إلى العين المرهونة، و (الإضافة) الحاصلة للشفيع بالنسبة إلى حصة شريكه المبيعة في شركته، فإن المرتهن ليس له سوى استيفاء دينه من الرهن إذا لم يفه المديون، والشفيع ليس له من السلطة إلا تملك ما اشتراه المشتري من الحصة بالثمن الذي اشتراه به)).

ويمكننا أن نختصر الفرق بينهما بأن سلطة المالك مطلقة، وسلطة ذي الحق مقيدة أو محدودة.

أركان الحق :

وللحق -هنا- كما في القانون ركنان أساسيان بهما قوامه، وهما:

١- صاحب الحق (صاحب السلطة).

٢- محل الحق أو متعلقة (المسلط عليه).

يقول السيد بحر العلوم في (البلغة): ((وله (يعني الحق) طرفان:

- أحدهما: طرف النسبة والإضافة، ويعبر عن المنسوب إليه بـ(صاحب السلطنة) و (ذي السلطان).

- والآخر: طرف التعليق، ويعبر عن متعلقه بـ (المسلط عليه) ..)).

أقسام الحق :

تناول الأقسام الآتي ذكرها في أدناه بالتبيان السيد صاحب البلغة، فقد قسم الحق التقسيمين التاليين:

التقسيم الأول: قسمه إلى:

١- حق مستقل بنفسه، ومثل له بحق التحجير.

٢- حق متقوم بغيره، ومثل له بحق المجني عليه على الجاني، وحق القصاص.

قال: ((وهو -أي الحق- :

- قد يكون مستقلا بنفسه كحق التحجير.

- وقد لا يكون مستقلا بنفسه، بل متقوم بغيره، كحق المجني عليه على الجاني، وحق القصاص.

فهو -أي الحق- كالملك الذي:

- قد يكون متعلقه مستقلا.

- وقد لا يكون، كالكلي في الذمة.

وقد يتحدان في المورد، وإنما يختلفان بالاعتبار كسلطنة الإنسان على نفسه، ولذا قيل: (الإنسان أملك بنفسه من غيره) ، ومنه قوله تعالى -حكاية عن كليمه- **{إني لا أملك إلا نفسي وأخي}** ، فما به التعلق عين ما إليه الإضافة وإنما يختلف بالاعتبار)).

التقسيم الثاني: قسمه إلى:

أ- الحق الثابت:

وهو الذي لا يسقط بالإسقاط، ولا ينقل بالنواقل، ولا ينتقل بأسباب الانتقال كالإرث.

ومثّل له بحق الأبوة وولاية الحاكم وحق استمتاع الزوج بالزوج.

ب- غير الثابت:

وهو الذي يقبل الإسقاط والانتقال والنقل جميعاً، أو يقبل اثنين منهما، أو واحداً فقط.

ولاختلاف أسباب عدم الثبوت، وعلى أساس منها قسّم غير الثابت إلى الأقسام التالية:

١- ما يصح فيه الإسقاط والنقل والانتقال.

ومثّل له بحق الخيار، وحق الرهانة.

٢- ما يصح فيه الإسقاط والانتقال فقط، كحق الشفعة.

٣- ما يسقط بالإسقاط كحق الغيبة.

٤- ما ينقل بالنواقل فقط كحق القسم بين الزوجات.

قال (أعني صاحب البلغة) : ((ثم إن الحق - بما هو حق - يختلف بحسب اختلافه في سقوطه بالإسقاط، وعدمه،ونقله إلى غيره مجاناً أو بعوض، وعدمه، وانتقاله قهراً بالإرث، وعدمه، إلى أنحاء شتى:

- منها: ما لا يجوز عليه شيء من ذلك، فلا يسقط بالإسقاط، ولا ينقل بالنواقل، ولا ينتقل بالإرث ونحوه.

كحق الأبوة، وولاية الحاكم، وحق الاستمتاع بالزوجة للزوج، وحق الجار على جاره، والمؤمن على أخيه.

فإنها حقوق لأربابها لا تسقط، ولا تنتقل إلى غيرهم بوجه من الوجوه.

- ومنها: ما يجوز فيه كل ذلك، كحق الخيار، وحق القصاص، وحق الرهانة، وحق التحجير، وحق الشرط المطلق.

- ومنها:ما يسقط بالإسقاط، ولا ينقل،ولا ينتقل، كحق الغيبة، والإيذاء بضرب أو شتم أو إهانة، أو نحو ذلك - بناء على كونه حقاً - ، ولذا يجب الاستحلال منه، ولا يكتفى بالتوبة في التخلص عنه.

- ومنها: ما يسقط بالإسقاط، و ينتقل بالإرث -على قول- ولا ينقل بالنواقل، كحق الشفعة للشريك المسبب عن بيع شريكه.

- ومنها: ما ينقل مجاناً -لا بعوض- كحق القسم بين الزوجات، بناء على عدم مقابلته بالأعواض)).

ثم يلخص صاحب البلغة الضابطَ في ذلك بقوله: ((فتلخص مما ذكرنا: أن الحق:

- إن كان موجبه علة تامة له، امتنع انفكاكه عنه مطلقاً من غير فرق بين السقوط بالإسقاط، والنقل بالنواقل، والانتقال القهري بالإرث.

- وإن كان من قبيل المقتضى له، وكان مختصاً ومتقوماً بشخص خاص، فهو، وإن جاز سقوطه بالإسقاط لكونه مالكاً، وليس الموجب علة تامة حتى يلزم التخلف المستحيل، إلاّ أنه لا يجوز نقله لمنافاته الاختصاص المجعول بالأصل أو بالعارض بشرط ونحوه.

- وإن لم يكن كذلك، بأن لم يكن الموجب علة تامة، ولا الحق مختصاً ومتقوماً بشخص خاص، جاز إسقاطه ونقله وانتقاله، لوجود المقتضي، وهو كونه مالكاً للحق، وعدم المانع من علية الموجب له أو الاختصاص بما يوجب الخصوصية، كحق الخيار المطلق الذي يجوز إسقاطه ونقله وانتقاله)).

أنواع الحق :

المراد بالحق -هنا- الحق بمعناه الأعم، وهو في الشريعة المقدسة نوعان: حق الله وحق العباد.

١- حق الله:

ويتمثل في طاعة الإنسان لله تعالى، ويتحقق بامتثال أوامره ونواهيه تعالى، وهو ما يعرف بالعبادة بمعناها العام.

فقد أثر عن رسول الله (ص) أنه قال: «حق الله على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئا».

وفي القرآن الكريم: **{وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون}**.

٢- حق العباد:

ويتمثل في ما أعده الله تعالى لعباده في الدنيا من إنزال الدين الذي به تنتظم حياتهم بما يحقق لهم المصلحة ويدرأ عنهم المفسدة، وفي الآخرة في ما أعده تعالى من الجزاء لمن أطاعه بالجنة ونعيمها الدائم.

قال السيد في (البلغة): «ثم الحق قد يضاف إليه تعالى، فيكون متعلقه ما سواه من الممكن، وسلطنته عليه، من أتم مراتب السلطنة وأكملها، لأنه سلطنة عليه بالإيجاد والربوبية، ضرورة افتقار الممكن في تحققه إلى الواجب، لعدم الاستقلالية له في الوجود.

ومن فروع هذه السلطنة وحقه على الممكن أن يعبد ويوحد.

ومن رشحاتها:

- ولاية النبي (ص) على المؤمنين.

وهي - وإن لم تكن من سنخ سلطنة الله تعالى - إلا أنها سلطنة عنه تعالى بالاستخلاف.

– وولاية خلفائه الطاهرين.

– ونوابهم المجتهدين.

فهي في طول سلطنة الله على خلقه، ولذا كان النبي (ص) خليفته في أرضه، والأئمة خلفاءه في أمته، والعلماء نوابهم في شيعتهم.

وهي أقوى وأشد، وأولى وأكمل من سلطنة الإنسان على نفسه مع كونها في غاية الشدة والكمال، لأن منشأ انتزاعها هو كون الشيء نفسه.

وإلى السلطنتين، وأكملية الأولى من الثانية أشار (ص) في قوله بغدير خم: «ألست أولى بالمؤمنين من أنفسهم» ثم جعلها بعد الاعتراف منهم توطئة لبيان ولاية علي (ع)، فقال – بعده –: «من كنت مولاه فعلي مولاه» ، فولايته على الأمة التي هي بمعنى الأولوية بالتصرف، مشتقة من أولوية النبي (ص) المشتقة من سلطنته تعالى على خلقه ».

وفي (الأقطاب الفقهية – القطب ٢٩): «وحق الله: جميع أوامره الدالة على طاعته.

وقيل: هو نفس طاعته.

ويتفرع: أن حق العباد حق الله لتعلق الأمر بها، فبينهما حينئذ عموم مطلق.

وكل ما للعبد إسقاطه فحقه، وما ليس له فحق الله».

مصدر الحق :

ومن تنويع الحق إلى حق الله تعالى وحق العباد ندرك أن مصدر الحق –بمعنى الحكم– الذي يستقى منه، كيما يقوم بتنظيم علاقات وشؤون الإنسان في هذه الحياة هو الدين. قال الله تعالى: {**إن الحكم إلا لله**}. وهذا مما ثبت بالضرورة الدينية والبديهية العقلية، وعليه أجمعت كلمة الأمة الإسلامية.

نظرية الذمة المالية

في اللغة :

ذكر المعجميون العرب لكلمة (الذمة) أكثر من معنى، وكلها تلتقي عند معنى واحد هو الالتزام.

كما أن لفظها يلمح إلى ذلك، فقد عرفها أبو البقاء في (الكليات) بقوله: ((الذمة: كل حركة يلزمك من تضييعها الذم)).

وعبر المعجميون عن الالتزام المشار إليه بـ (العهد)، قال في (الكليات): ((وهي –لغة– العهد))، وعلل ذلك بتطبيق ما ذكره من كلية (كل حركة يلزمك من تضييعها الذم)، فقال: ((لأن نقضه (يعني العهد) يوجب الذم)).

أما المعاني التي ذكرت لكلمة (ذمة) فهي: العهد، الأمان، الكفالة، وفي الحديث: (المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم)، الحق، الحرمة، وفي الحديث: (فإن من ترك صلاة مكتوبة متعمدا فقد برئت منه ذمة الله)، الأمانة، الضمان، والاعتقاد، قال أبو الفتح البستي:

ولا تقتلوه إنني أنا عبده وفي ذمتي لا يقتل الحر بالعبد

أي في اعتقادي.

ويقال: (أنت في ذمة الله) أي في عهدته بمعنى مسؤوليته في حفظك ورحمتك.

وهذه المعاني –كما هو واضح– تلتقي جميعها عند معنى واحد، هو الالتزام.

وأيضا –من الواضح إن مخالفة الالتزام تستوجب الذم.

وتجمع الذمة على ذم وذمام وذمم.

في القانون :

انصبت الدراسة القانونية للذمة على الذمة المالية **Patimomy** .

وجاء في تعريفها أنها ((مجموعة الحقوق والالتزامات لشخص ما))-كما في صحاح المرعشليين-.

ونظرية الذمة المالية التي نريد أن نتحدث عنها هنا من ناحية قانونية هي لنظرية التقليدية التي وضعها فقيها القانون (أوبري) و (رو).

وتعرف بأنها ((ما للشخص وما عليه من أموال وديون منظورا إليها كلها كمجموع)).

ويراد بالأموال: جميع الحقوق المالية عينية وشخصية بنوعيها المادي والمعنوي.

ولا تتعدى الذمة المالية إلى الحقوق غير المالية.

وكذلك يشترط في الديون أن تكون ذات قيمة مالية، ولا تتعدى إلى غير المالية.

والمقصود بقولهم (كمجموع) يرتبط بأن الذمة المالية تقوم على فكرتين رئيسيتين، هما:

١- اندماج عناصر الذمة المالية في مجموع من المال.

٢- اندماج الذمة المالية في شخصية صاحبها.

فعناصر الذمة المالية من حقوق وديون ((لا ينظر إليها عند تصور الذمة المالية على أنها عناصر منفصلة بعضها عن بعض، لكل عنصر منها ذاتيته، وكيانه الخاص به، بل ينظر إليها على أنها جميعا مندمجة في كل لا يتجزأ، فتغنى ذاتية هذه العناصر في المجموع الذي تكونه، وتصبح كلها مجموعا من المال)) [1].

---

[1] الوسيط ٢٢٧/٨

ثم ((إن هذا المجموع من الحقوق والديون الذي هو الذمة المالية لم يقم كوحدة فنيت فيها عناصرها فاستغرقتها جميعا، إلا لأن الذمة المالية قد اندمجت في شخصية صاحبها، وأصبحت امتدادا لهذه الشخصية وصورة منطبعة منها، فكما أن الشخصية واحدة لا تتعدد، كذلك الذمة المالية وحدة لا تتجزأ))[1].

وهذا هو -فيما أقدر- سبب تردد تعريفات الذمة بين المفهومين التاليين:

١- صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وعليه واجبات.

٢- مجموعة الحقوق والديون التي للشخص وعليه. فعملية الدمج بين الشخص والمال كانت منشأ التردد المشار إليه.

والشخص -هنا- يشمل الشخص الطبيعي والشخص المعنوي فـ ((الحقوق والديون يجب أن تستند إلى شخص طبيعي أو معنوي، يكون مالكا لها أو ملتزما بها))[2].

وإذا أخذنا الذمة بمعنى الصلاحية أو الصلوح لتحمل العهدة يكون مجال تملك الشخص والتزاماته عن طريق ذمته المالية هو:

١- الضمان العام للدائنين.

٢- انتقال تركة المورث إلى الوارث بما عليها من ديون.

٣- ما يعرف بالحلول العيني وهو ((خروج مال من ذمة شخص ودخول مال آخر في نفس الذمة بدلا من المال الذي خرج فيحل المال الجديد محل المال القديم ويسري عليه نفس النظام القانوني الذي كان ساريا على المال القديم))[3].

وأخيرا:

---

[1] م . س ٢٣٢

[2] م . س ٢٣٣

[3] م . س ٢٥٢

تتمثل الذمة المالية القانونية في صلاحية وقدرة الشخص على تحمل المسؤولية القانونية بشأن العلاقة القائمة بينه وبين المال حقا أو دينا.

في الفقه :

عرفت الذمة -على نحو الإطلاق مالية وغير مالية- في علمي الفقه وأصوله، بأكثر من تعريف أدى إلى الاختلاف في مدلولها، ولكي نكون على وضوح من هذا الاختلاف لا بد من تقدمة أمام عرض تعريفاتها ومناقشاتها، تتضمن هذه التقدمة بيان معنى (الأهلية) وأقسامها لنعرف موقع (الذمة) منها:

والمقصود بالأهلية -هنا- أهلية التكليف، التي تعني صلاحية الإنسان لتحمل مسؤولية التكليف الشرعي وما يوصل إليه من نتائج وما يترتب عليه من آثار دنيوية وأخروية.

وذكرنا في القسم الأول من كتابنا هذا (دروس في فقه الإمامية) أن هذه الأهلية تتوفر للإنسان عند توافر شروطها لديه وهي:

البلوغ والعقل والقدرة.

وتقسم هذه الأهلية إلى قسمين:

- أهلية الوجوب.
- وأهلية الأداء.

والفرق بينهما، هو:

- أن أهلية الوجوب تعني صلاحية الإنسان لإيجاب الحقوق المشروعة له وعليه.
- وأهلية الأداء هي صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على الوجه المطلوب شرعا.

وأهلية الوجوب في الإنسان ذات عنصرين:

أحدهما: قابلية الإنسان لثبوت الحقوق له.

وبتعبير آخر: صلاحية الإنسان للإلزام.

والثاني: قابليته لثبوت الحقوق عليه.

أو قل: صلاحيته للالتزام.

فالعنصر الأول -وهو الإلزام- يثبت للإنسان وهو جنين في بطن أمه.

وفي هذه الحالة لا يتطلب الأمر وجود ذمة مقدرة في شخصه، لأن الحق له، لا عليه.

وأما العنصر الثاني -وهو الالتزام- الذي يعني ثبوت الحق عليه فيتوقف على أمرين:

أحدهما: قابلية الإنسان للتحمل بأن يكون صالحا لإيجاب الحقوق عليه.

وهذا لا يتحقق إلا بعد الولادة.

والثاني: وجود الذمة بمعنى أن يكون في الإنسان المؤهل للوجوب محل مقدر لاستقرار تلك الحقوق فيه بحيث تشغله تلك الحقوق حال ثبوتها ، ويفرغ منها حال سقوطها.

((وهذان الأمران اللذان يتوقف عليهما تصور الالتزام هما متلازمان في الوجود، متغايران في المفهوم.

فإنه يلزم من كون الشخص أهلا لتحمل الحقوق أن يكون في شخصه مستقر ومستودع لها، وبالعكس.

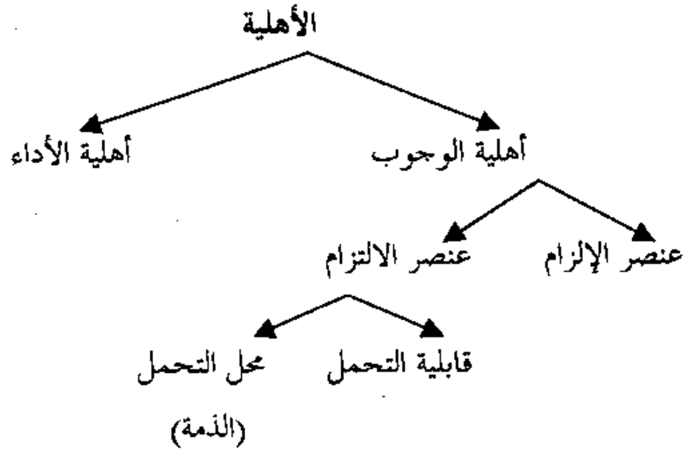
فمتى اعتبرت للشخص أهلية التحمل شرعا اعتبرت له ذمة.

ولكن ليست تلك الأهلية هي الذمة نفسها، بل بينهما من الفرق ما بين معنى القابلية ومعنى المحل)) [1].

---

[1] الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٧٤/٢١

الخلاصة :



وفي ضوء هذه الجدولة المذكورة ندرك أن الذمة: هي محل الالتزام خاصة.

ولهذا قالوا: الصبي لا ذمة له، والسفيه له ذمة الالتزام خاصة.

وبعد هذا لنذكر أهم التعريفات التي ذكرت للذمة وهي:

- عرفها ابن أبي جمهور الأحسائي في (الأقطاب الفقهية) -قطب ٣٥- بقوله: ((والذمة: معنى قائم بالمكلف، مقدور له، قابل للإلزام والالتزام)).

ويعني بـ (المعنى القائم بالمكلف) محل التحمل.

- وفي (مجلة الأحكام العدلية) -المادة ٦١٢- : ((الذمة، لغة، العهد، وشرعا: محل عهد جرى بينه (يعني الإنسان) وبين الله يوم الميثاق، أو وصف صار به الإنسان مكلفا)).

ومن الواضح أن المجلة تريد من الذمة أهلية التكليف، ففي (كليات أبي البقاء) أن هذه الأهلية أو ((الذمة الصالحة للوجوب له وعليه، إنما تثبت له بناء على العهد السابق الذي جرى بين العبد وبين ربه -جل وعلا- يوم الميثاق، كما

أخبر الله تعالى بقوله: **{وإذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم}**، حق التزم بهذا العهد جميع ما يمكن أن يجب عليه من الحقوق عند تحقق أسبابها، فإذا وجد سبب حق ولزم ذلك عليه قيل: (وجب في ذمته)، أي هذا الواجب مما دخل في عهده الماضي ولزم عليه بحكم ذلك العهد)).

ورددت المجلة في تعريفها المذكور بين (محل أو وصف) لتشير إلى الخلاف بين الأصوليين في الذمة: هل هي ذات أو وصف، كما سنراه في التعريفات التالية:

- ففي (مجلة الأحكام الشرعية) -المادة ١٩٠- : ((الذمة وصف يصير به المكلف أهلا للإلزام والالتزام)).

والمجلة المذكورة بتعريفها هذا ترادف بين الذمة وأهلية الوجوب.

- وفي (كليات أبي البقاء) عن فخر الإسلام أنه عرف الذمة بأنها ((نفس لها عهد، فإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه)).

فهو -الآخر- يرادف بين الذمة وأهلية الوجوب، ويذهب إلى أنها ذات لا وصف.

- ويعرفها أبو البقاء في (الكليات) بقوله: ((الذمة: وصف يصير الشخص به أهلا للإيجاب له وعليه)).

وكما تراه، يراها وصفا ويرادف بينها وبين أهلية الوجوب.

- وفي (المدخل) عن حاشية الحموي على الأشباه والنظائر: هي ((أمر شرعي مقدر وجوده في الإنسان يقبل الإلزام والالتزام)).

وظاهره أنه يريد بالأمر الشرعي المقدر وجوده: محل التحمل، وهو بهذا يلتقي وتعريف الشيخ ابن أبي جمهور.

- وفي (درر الحكام شرح مجلة الأحكام) عن صدر الشـــريعة في (تنقيـــح الأصول): الذمة ((وصف شرعي يصير به الإنسان أهلا لما له وما عليه)).
- وقال أبو البقاء في الكليات: ((ظاهر كـــلام أبي زيـــد (الدبوســـي) في (التقويم) يشير إلى أن المراد بالذمة العقل)).

وأيضا يريد منها أهلية الوجوب، ذلك أن من شروطها -كما تقدم- العقل. ويبدو أنه اكتفى بذكر العقل عن ذكر الشرطين الآخرين: البلوغ والقدرة.

وأخيرا ، نكون مع الأستاذ الزرقاء الذي يقول في (المدخـــل ١٨١/٣) : ((إن لفظ الذمة في الفقه الإسلامي يفيد معنى الوعاء الاعتباري الذي يعي الديـــون الثابتة على الإنسان)) .

وواضح أنه يعني بالذمة محل التحمل، ويلتقي بهذا وتعريفي ابن أبي جمـــهور والحموي.

ولأن فكرة الدين (القرض) ترتكز على فكرة الذمة، يراد بالذمة المالية: ذلك المحل أو المستودع أو الوعاء الاعتباري في الإنسان المكلف، الذي يعني الديـــون الثابتة عليه، شريطة قابلية صاحب الذمة للالتزام بوفاء ما شغلت به ذمتـــه مـــن دين.

ويلخص الدكتور نزيه حماد آراء الفقهاء في معنى الذمة فيقول:

((الذمة في اللغة بمعنى العهد والأمان والضمان.

أما في الاصطلاح الشرعي: فيرى الحنفية أن الذمة عبارة عن وصف شـــرعي قدر الشارع وافترض وجوده في الشخص إيذانا بصلاحيته لأن تكون له حقـــوق ولأن تجب عليه واجبات، بحيث يكون بمنزلة السبب لكـــون الإنســـان أهـــلا للوجوب له وعليه.

وعلى ذلك فهي ظرف ووعاء اعتباري يقدر قيامه في الشخص بحيث يستقر فيه الوجوب وتثبت فيه الديون وسائر الالتزامات التي تترتب عليه، كما تثبت فيه الحقوق التي تجب عليه.

وخالفهم في ذلك بعض الفقهاء فنصوا على أن الذمة ليست صفة مقدرة مفترضة، وإنما هي النفس والذات، فإذا قيل: (ثبت المال في ذمة فلان) و (تعلق بذمته) و (برئت ذمته) و (اشتغلت ذمته)، فالمراد بذمته ذاته ونفسه لأن الذمة في اللغة العهد والأمانة، ومحلهما النفس والذات، فسمي محلها باسمها)) [1].

[1] معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء ط٣ ص١٧٣.

نظرية العقد

تشغل نظرية العقد موقعا مهما في الفقه والقانون، ذلك أن العقد ينظم معظم العلاقات الاجتماعية والاقتصادية.

وحدد الشهيد الأول موقعه في تصنيفات الأحكام الشرعية باعتداده إياه صنفا مستقلا بذاته، حيث قسم الأحكام الشرعية إلى أربعة أقسام، هي:

العبادات والعقود والإيقاعات والأحكام.

وأقام تقسيمه هذا على أساس النظر إلى مصلحة الحكم، فإن كانت المصلحة أخروية فهي العبادات، وإن كانت دنيوية فهي الأقسام الثلاثة الأخرى.

ثم قسم هذه الثلاثة على أساس اعتمادها على الصيغة القولية وعدمها.

وكان نصيب العقد من هذه القسمة أنه الحكم الذي يعتمد فيه على الصيغة القولية من قبل طرفي العلاقة.

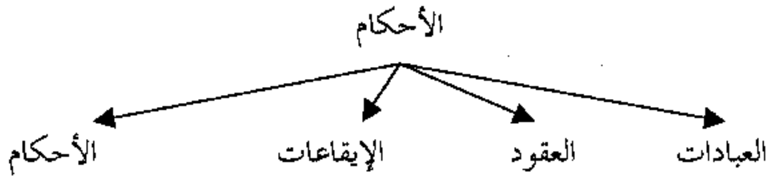
قال (أعني الشهيد) في (القواعد والفوائد ١/٣٠-٣١): ((الحكم الشرعي ينقسم إلى الخمسة المشهورة (الوجوب والحرمة والاستحباب والكراهة والإباحة)، وربما جعل السبب والمانع والشرط، مغايرا لها، كالدلوك الموجب للصلاة، والنجاسة المانعة منها، والطهارة المصححة لها.

وكل ذلك ينحصر في أربعة أقسام: العبادات والعقود والإيقاعات والأحكام.

ووجه الحصر: أن الحكم الشرعي إما أن تكون غايته الآخرة، أو الغرض الأهم منه الدنيا.

والأول: العبادات. والثاني إما أن يحتاج إلى عبارة، أو لا. والثاني: الأحكام. والأول إما أن تكون العبارة من اثنين – تحقيقـــا أو تقديـــرا – أو لا . والأول: العقود، والثاني: الإيقاعات)).

وخلاصته:



وتابع السيد السبزواري في كتابه (تهذيب الأصول) الشهيد الأول في تربيـــع الأقسام، مع فارق جعله المقسم وظيفة الإنسان شرعا، وأقام قسمته على أســـاس من قصد القربة، قال: ((إن وظائف العباد:

- إما أن تكون متقومة بقصد القربة أو لا.

والثانية (يعني غير المتقومة بقصد القربة):

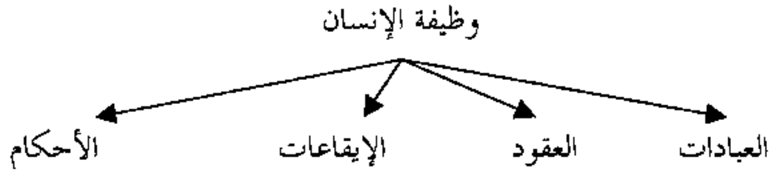
- إما أن تكون بين اثنين أو لا.

والثالثة (يعني التي لم تكن بين اثنين):

- إما أن تتوقف على الإنشاء أو لا.

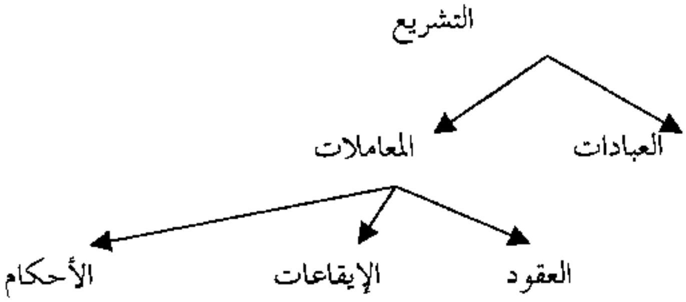
فالأولى : العبادات والثانية : العقـــود والثالثـــة : الإيقاعـــات والرابعـــة : الأحكام.

وخلاصته:

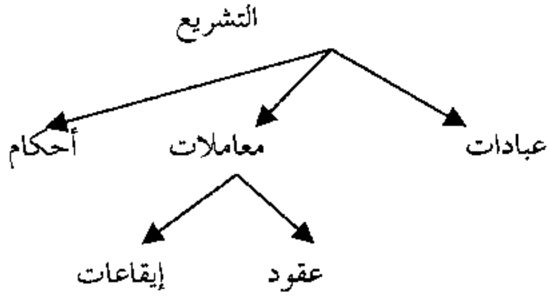


وبعد الشهيد الأول نظم تقسيمه المذكور بإدراج الأقسام الثلاثة عدا العبادات تحت عنوان (المعاملات) .

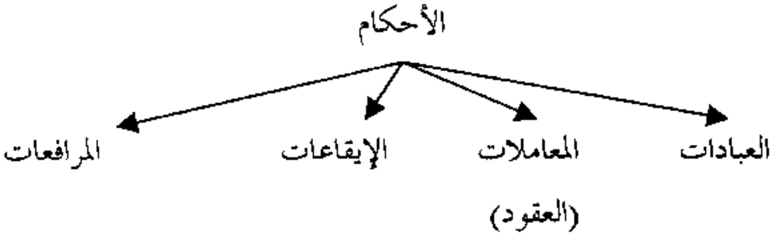
ثم بتقسيم المعاملات إلى الأقسام الثلاثة على الأساس الذي اعتمده الشهيد. والخلاصة هي:



وقد يفهم من عبارة بعضهم قصر المعاملات على العقود والإيقاعات، فتكون الجدولة كالتالي:



وسنرى -في ما يليه- تعديلا آخر، أو تقسيما رابعا (حديثا):



ويلاحظ على التقسيمات الثلاثة الأولى: أن القسم الثالث وهو الأحكام لا يصدق عليه تعريف المعاملة حتى بمعناها العام، كما أنه لا يصدق على الإيقاعات إذا أخذت المعاملة بمعناها الخاص وهو وقوع الصيغة من الطرفين.

كما يؤخذ عليه أن تقييد العقد بالصيغة القولية يخرج العقود المعاطاتية فيكون التعريف غير جامع.

وأيضا أن تسمية القسم الثالث بالأحكام يحتاج إلى قرنه بما يخصصه ليصح اندراجه تحت عنوان الأحكام العام الذي هو المقسم.

وجدول الأستاذ الزرقاء المعاملات خاصة فقسم تصرفات الإنسان إلى فعلية وقولية.

ثم قسم القولية إلى عقدية وغير عقدية.

وبعده قسم العقدية إلى إنشائية وغير إنشائية.

قال في كتابه (المدخل ١/٢٨٨-٢٩٠) : ((العقد ضرب من تصرفات الإنسان.

والتصرف بالمعنى الفقهي هو كل ما يصدر عن شخص بإرادته، ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية.

وهي نوعان فعلي وقولي.

– فالتصرف الفعلي: هو ما كان قوامه عملا غير لساني، كإحراز المباحات، والغصب، والإتلاف، واستلام المبيع، وقبض الدين، وما أشبه ذلك.

– والتصرف القولي نوعان: عقدي وغير عقدي.

فالتصرف القولي العقدي: هو الذي يتكون من قولين من جانبين يرتبطان.

أي ما يكون فيه اتفاق إرادتين، وذلك كالبيع والشراء والإجارة والشركة، وما أشبهها.

وأما التصرف القولي غير العقدي فتحته نوعان:

١- نوع يتضمن إرادة إنشائية وعزيمة مبرمة من صاحبه على إنشاء حق أو إنهائه أو إسقاطه، كالوقف والطلاق والإعتاق والإبراء والتنازل عن حق الشفعة.

وهذا النوع قد يسمى (عقدا) أيضا في اصطلاح فريق من فقهاء المذاهب لما فيه من العزيمة المنشئة أو المسقطة للحقوق، فهي في نظرهم عقود وحيدة الطرف كالعقود ذات الطرفين من حيث وجود الإرادة المنشئة.

٢- ونوع لا يتضمن إرادة منصبة على إنشاء الحقوق أو إسقاطها، لكنه أقوال من أصناف أخرى تترتب عليها نتائج حقوقية، وذلك كالدعوى فإنها طلب حق أمام القضاء، وكالإقرار والإنكار والحلف على نفي دعوى الخصم، فإنها أخبار تترتب عليه مؤاخذات وأحكام قضائية مدنية)).

ويؤخذ على هذا التقسيم ما أخذ على سلفه، وهو أن العقود كما تكون قولية تكون فعلية كالعقود المعاطاتية.

ولكي نتخلص من هذه المآخذ، علينا أن نجمع بين هذه الأقسام باختيار ما لا يطاله النقد، فنقول: إن علاقة الإنسان تنقسم إلى قسمين:

١-علاقة الإنسان بالله، وتنظمها أحكام العبادات.

٢-علاقة الإنسان بالإنسان.

وهي تنقسم إلى:

١-موجودة تحتاج -فقط- إلى تصحيح وضعها، وهي الدعاوى والأقضية، ولنسمها (المرافعات).

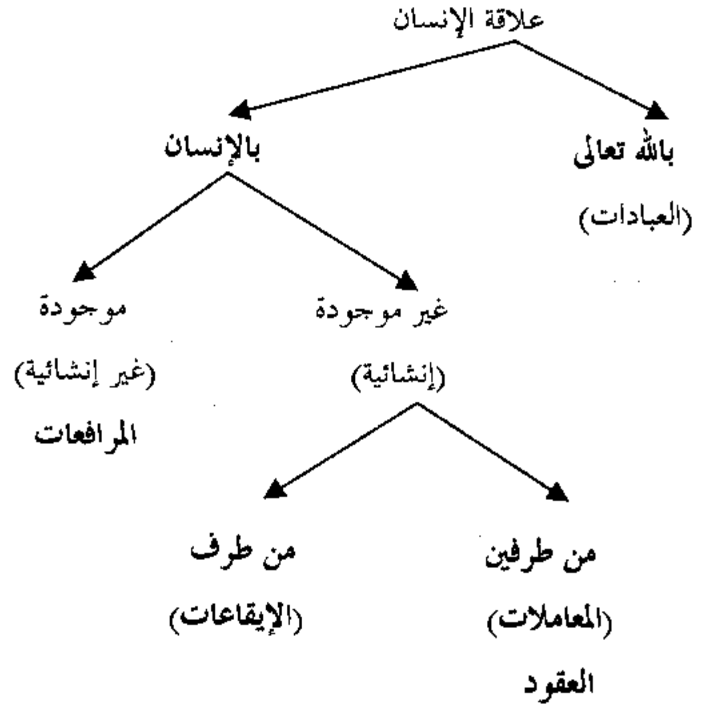
٢-غير موجودة، وإنما توجد بإنشائها.

وهذه تنقسم إلى قسمين:

أ- ما يكون إنشاؤها من طرفين، فهي المعاملة أو العقد.

ب- ما يكون إنشاؤها من طرف واحد فهو الإيقاع.

والخلاصة، هي:



تعريف العقد :

في اللغة :

العقد-في لغتنا-مصدر الفعل (عقد) يقال: عقد يعقد، إذا باشر ربط شيء بآخر بعقدة تشدهما.

وكذلك إذا لف الحبل على بعضه بحيث جعل فيه عقدة.

وأصل استعماله في ربط حبل بآخر عن طريق عقده به بحيث يصير الحبلان حبلا واحدا، والعقدة هي الرابط بينهما.

قال في (المعجم الوسيط): ((عقد الحبل ونحوه: جعل فيه عقدة، وعقد طرفي الحبل ونحوه: وصل أحدهما بالآخر بعقدة تمسكهما فأحكم وصلهما)) .

ثم أضيف لدلالة العقد الحسية دلالة أخرى معنوية لمشابهة الدلالة المعنوية للدلالة الحسية بالوثاقة.

وإلى هذا أشار الراغب الإصفهاني في (المفردات) بقوله: ((العقد: الجمع بين أطراف الشيء، ويستعمل ذلك في الأجسام الصلبة كعقد الحبل وعقد البناء، ثم يستعار ذلك للمعاني نحو عقد البيع والعهد وغيرهما)).

وفي (معجم ألفاظ القرآن الكريم): ((من الحسي: الجمع بين أطراف الشيء.

والعقدة: موضع الاجتماع بين أطراف الشيء.

ثم يستعمل ذلك كله في المعنوي.

والعقد: مصدر عقد، وقد استعمل اسما فيما يرتبط به الناس على تصرف، ولذلك جمع على عقود)).

وفي (نظرية العقد) للنقيب: ((هو (يعني العقد): الربط والشد.

فربط الحبل يعني الجمع بين طرفيه.

ومن هذا المعنى الحسي للربط كان استخلاص الربط المعنوي بين كلام طرفين أو بين كلامين)).

في القانون :

عرف الدكتوران الجمال في كتابهما (القانون والمعاملات ١٩٥) العقد: بأنه: ((توافق إرادتين على إنشاء التزام أو أكثر)).

وعرفه الدكتور أنور سلطان في (المبادئ القانونية العامة ٧٩) بأنه: ((اتفاق إرادتين على ترتيب أثر قانوني بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله)).

والملاحظ أن هنا فرقا بين هذين التعريفين تمثل في العموم والخصوص بينهما.

فقد خصصه التعريف الأول بإنشاء الإلتزام فقط.

وأضاف إليه الثاني نقل الالتزام وتعديله وزواله.

وكما ترى، إن إنشاء الالتزام متفق عليه عنصرا مقوما لحقيقة العقد، وما عداه مختلف فيه.

وقد أثار هذا الاختلاف بين القانونيين مسألة أهمية التمييز والتفريق بين العقد **Contract** والاتفاق **Convention** .

فالاتفاق -كما عرفه السنهوري-: ((توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه)).

وهو -كما ترى- يلتقي وتعريف الدكتور سلطان للعقد، ويفترق عن تعريف الأخوين الجمال بشموله لنقل الالتزام وتعديله وزواله.

ويعرف السنهوري العقد في كتابه (الوسيط ١ / ١٣٧) بأنه: ((توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله)).

ويتمثل الفرق بين تعريفي السنهوري للاتفاق والعقد في تخصيص العقد بإنشاء الالتزام أو نقله فقط، وتعميم الاتفاق بالإضافة إلى إنشاء الالتزام أو نقله إلى تعديله أو إنهائه.

فتصبح النسبة بينهما -في ضوء قواعد علم المنطق- العموم والخصوص من مطلق، إذ يصدق على كل عقد أنه اتفاق، ولا يصدق على كل اتفاق أنه عقد لانفراد الاتفاق عن العقد في تعديل الالتزام أو الفائدة.

ويبدو أن مثار التفرقة بين الاتفاق والعقد كان سببه اختلافهما في الأهلية، مع أن الأهلية تختلف في العقود -أيضا- بين نوع وآخر، فلا تصلح لإثارة وجوب التفريق بينهما.

ولذا قال السنهوري بعد التفريق بينهما بتعريفيه المذكورين في أعلاه: ((ولا نرى أهمية للتمييز بين الاتفاق والعقد، ونتفق في هذا مع أكثر الفقهاء (القائلين بعدم أهمية التمييز بينهما).

وإذا كان الفقهاء الذين يقولون بالتمييز يرون أهمية له من حيث الأهلية، فهي تختلف في العقد عنها في الاتفاق، فإنه يلاحظ على هذا الرأي أن الأهلية تختل (أيضا) باختلاف العقود ذاتها، فهي في عقود التبرع -مثلا- غيرها في عقود المعاوضة، ومع ذلك لم يقل أحد إن هناك فرقا بين الهبة والبيع من حيث إن كلا منهما عقد لمجرد أن الأهلية تختلف في أحدهما عنها في الآخر)).

ولكي يميز بين العقد والاتفاق بما هو فارق، وهو اختصاص العقد كاتفاق بالمعاملات المالية التي هي نوع من القانون الخاص، قال: ((والمهم في العقد أن يكون هناك اتفاق على إحداث أثر قانوني.

وليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون عقدا، بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعا في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية.

فالمعاهدة اتفاق بين دولة ودولة، والنيابة اتفاق بين النائب وناخبيه، وتولية الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف.

ولكن هذه الاتفاقات ليست عقودا، إذ هي تقع في نطاق القانون العام: الدولي والدستوري والإداري.

والزواج اتفاق بين الزوجين، والتبني –في الشرائع التي تجيزه– اتفاق بين الوالد المتبني والولد المتبنى، ولكن يجدر ألا تدعى هذه الاتفاقات عقودا، وإن وقعت في نطاق القانون الخاص لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية)).

وأيضا يقصر الدكتور سلطان العقد على المعاملات المالية –لأنه رأي القانون– فيقول: ((ويتحدد مجال العقد بالاتفاقات المنشئة للالتزام بين أشخاص القانون الخاص، فتخرج من مجاله الاتفاقات المتعلقة بفروع القانون العام كالمعاهدة، وهي اتفاق بين دولة وأخرى وتحكمها قواعد القانون الدولي العام، والنيابة وهي اتفاق بين النائب وناخبيه، وتحكمها قواعد القانون الدستوري، والوظيفة وهي اتفاق بين الحكومة والموظف وتحكمها قواعد القانون الإداري.

غير أنه حتى في مجال القانون الخاص تقتصر منطقة العقد على الاتفاقات المتعلقة بالذمة المالية، فتستبعد الاتفاق المتعلق بروابط الأحوال الشخصية كالزواج، لأن الزواج ولو أنه اتفاق بين الزوجين إلا أن القانون وحده هو الذي يحدد آثاره، ولذا لا يعتبر عقدا بالمعنى الصحيح)).

وتسلمنا هذه التعريفات إلى التالي:

١– لابد في العقد من توافق الإرادتين لطرفي العقد.

٢– لابد من أن يكون للعقد أثر قانوني وهو الالتزام.

٣– قصر العقد على المعاملات المالية.

فالعقد –إذن– هو المعاملة المالية.

في الفقه :

عرفه البابرتي في (شرح العناية على الهداية) بأنه ((تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل)) [1].

---

[1] انظر: نظرية العقد، للنقيب ٣٩ وعقد القرض، لخروفة ٢٠ .

وعرفه قدري باشا في (مرشد الحيران): ((بأنه عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد العاقدين بقبول الآخر عل وجه يثبت أثره في المعقود عليه)) [1].

وفي (شرح مرشد الحيران) للأبياني والسنجقلي: ((العقد: ارتباط القبول بالإيجاب بحيث يكون بحالة موجبة لترتب حكمه عليه)) [2].

وفرقت (مجلة الأحكام العدلية) بين العقد والانعقاد، فعرفت العقد في المادة ١٠٣ بأنه ((التزام المتعاقدين أمرا وتعهدهما به، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول)) ، وعرفت الانعقاد في المادة ١٠٤ بـ ((تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما)).

ويعلق الشيخ كاشف الغطاء على المادتين المذكورتين في (تحرير المجلة) في ضوء المعطيات المنطقية والأصولية.

ومن خلال تعليقه سوف نتبين تعريفه للعقد بأنه: الإيجاب المقترن بالقبول بنحو يترتب عليه الأثر المقصود من العقد.

قال: ((العقود ألفاظ وأقوال، وهي من مقولة الفعل. والالتزام صفة نفسانية من مقولة الكيف.

والارتباط وصف قائم بالإيجاب والقبول، وهو من مقولة النسب والإضافات.

فلا ربط لكل واحد من هذه المفاهيم المتغايرة بالآخر، ولا وجه لتفسير بعضها ببعض.

فالعقد ليس التزاما ولا ربطا ولا ارتباطا، وإنما هو الإيجاب المرتبط بالقبول، أي الإيجاب المقترن بقبوله.

---

[1] م. ن.

[2] انظر: عقد القرض لخروفة ٢٠ .

وليس المنشأ بالإيجاب الالتزام، بل الذي ينشأ به هو التمليك أو المبادلة، ولازمه عقلا وشرعا هو التعهد والالتزام، ولاشيء منهما بمدلول للإيجاب لا بالتضمن ولا الالتزام فضلا عن المطابقة، وليس الإيجاب -كما عرفت- إلا جعل ملكية زيد لدارك أمرا واقعا، وحيث أنك أنشأت هذه الملكية وأوقعتها وجعلتها أمرا واقعا، فيلزمك عقلا وشرعا أن تلتزم بها ولا تنقضها.

فالالتزام حكم من أحكام العقد لا نفس العقد، ولا جزء منه، بل ولا لازم له، بل عرض من عوارضه المفارقة.

وكذا الكلام في الارتباط فإنه وصف اعتباري لركني العقد، وهما الإيجاب والقبول، لا جزء منه ولا مدلول له، وإنما هو معنى حرفي غير مستقل باللحاظ حتى يفسر به العقد، على أن الوصف المعتبر في الإيجاب والقبول هو الربط لا الارتباط، فإن المتعاقدين يربطان كلا منهما بالآخر، ولكنه قد يرتبط وقد لا يرتبط، وحال الربط والارتباط حال العقد والانعقاد نظير الكسر والانكسار، فإذا كان العقد صحيحا جامعا للشرائط شرعا وعرفا تقول: عقدته فانعقد، وإن لم يكن كذلك تقول: عقدته فلم ينعقد، كما تقول: كسرته فانكسر تارة، وكسرته ولم ينكسر أخرى، وهكذا الربط والارتباط.

وبهذا البيان يتضح المراد بمادة (١٠٤) ((الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما)).

وكان حق التعبير أن يقال: الانعقاد وقوع الإيجاب والقبول بنحو يترتب عليه المقصود من العقد.

فانعقاد البيع أن يقع الإيجاب والقبول بنحو مؤثر للملكية وانتقال المبيع إلى المشتري، والثمن إلى البائع.

وانعقاد النكاح أن يكون الإيجاب والقبول مؤثرا زوجية كل من الرجل والمرأة للآخر.

وهذا هو الأثر المطلوب من العقد.

وبعبارة أجلى: أن العقد مؤثر، والانعقاد أثر، والأول موضوع والثاني حكم أو هو سبب والأخير مسبب، إلى كثير من أمثال هذه العبارات الدالة على معنى واحد.

ومن كل ذلك ظهر لك أن الانعقاد ليس هو التعلق، بل هو أثر الإيجاب المتعلق مع بقية الشرائط، فتدبره جيدا)).

وفي (المدخل الفقهي العام) بعد أن ينقل الأستاذ الزرقاء تعريف (المجلة العدلية) كتعريف فقهي، وتعريف الدكتور السنهوري كتعريف قانوني يعلق عليهما ويقيمهما، ثم يحلل التعريف الفقهي، قال: ((والعقد في اصطلاح الفقهاء الشرعيين كما عرفته المجلة (م /١٠٣ — ١٠٤) هو: (ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله).

وفي عرف الحقوقيين بالاصطلاح القانوني هو: (اتفاق إرادتين على إنشاء حق أو على نقله أو على إنهائه) – ر: نظرية العقد، للأستاذ السنهوري / ف / ٧٧ – ٨٠).

والمقصود بالتعريفين الفقهي والقانوني متقارب، غير أن التعريف الأول الفقهي أحكم منطقا وأدق تصورا، والثاني القانوني أوضح تصويرا وتعبيرا)).

ثم حلل التعريف الفقهي –وهو الذي يهمنا هنا لأننا في معرض تعرف الرأي الفقهي لمفهوم العقد– فقال: ((إن العقد هو من قبيل الارتباط الاعتباري في نظر الشرع بين شخصين نتيجة لاتفاق إرادتيهما، وهاتان الإرادتان خفيتان، فطريق

إظهارهما التعبير عنهما، وهو في العادة بيان يدل عليهما بصورة متقابلة من الطرفين المتعاقدين، ويسمى هذا التعبير المتقابل: إيجابا وقبولا)).

وحقيقة العقد عند أصحابنا الإمامية هو (الإيجاب المرتبط أو المقترن بالقبول) -كما مر هذا في تعريف الشيخ كاشف الغطاء.

والإيجاب والقبول -من خلال واقعهما الاجتماعي- قد يكونان قوليين، وقد يكونان فعليين.

فمن منع من الفقهاء المعاطاة في العقود قسم المعاملة إلى عقدية وغير عقدية، وهي المعاملة المعاطاتية.

ومن جوز المعاطاة في العقود مطلقا، أو على تفصيل بين تجويزها في البعض وعدمه في الآخر، قسم العقد إلى قولي وفعلي.

والعقد القولي: هو الذي تستعمل فيه الصيغة اللفظية ... ومنه تتبين معنى العقد الفعلي بأنه الذي لا تستعمل فيه الصيغة اللفظية، وإنما يعتمد فيه على الأمارات الدالة على توافق الإرادتين -كما يقال في القانون- أو التراضي -كما يسمونه في الفقه- .

فإذا قالوا: العقد هو الإيجاب والقبول، فإنهم يريدون به إما خصوص العقد القولي، أو ما يشمله والفعلي، أو ما يخص المعاملة العقدية، أو ما يشملها والمعاطاتية، على الخلاف بينهم في تحديد مفهوم العقد.

وسنتبين هذا في ما بعد، والإشارة إليه هنا هي فقط للمقارنة بينه وبين العقد في الفقه السني والقانون المدني.

فعلى رأي من يذهب إلى شمول العقد للإيجاب والقبول القوليين والفعليين يلتقي تعريفه والتعريف القانوني لأن الإيجاب والقبول الفعليين يعنيان التراضي، والتراضي هو ما يعبر عنه القانون بتوافق الإرادتين.

أما على رأي من يقصر العقد على الإيجاب والقبول القوليين، فلا يلتقي والرأي القانوني في العقد، لأن توافق الإرادتين أو التراضي وحده على هذا المذهب لا يصطلح عليه عقدا.

وبالنسبة إلى تعريف الفقه السني الذي يرى أن العقد هو ارتباط الإيجاب والقبول فلا يلتقي معه تعريف الفقه الإمامي للفرق بين الإيجاب والقبول والارتباط الذي هو نتيجة الربط بينهما -كما سيأتي- .

وبالرجوع إلى واقع تعامل الشرع الشريف مع المعاملات التي كانت قائمة في عصر التشريع، وإلى الروايات الواردة في الموضوع لا يشك في أن العقد يشمل الإيجاب والقبول القوليين والفعليين، كما أنه لا يشك في أن المعاطاة عقد، إلا أنها عقد فعلي لا قولي، وهذا واضح الجريان في المعاملات المالية.

ففي عصر التشريع -كما هو واضح- أن المعاملات المالية كانت تجري قوليا وفعليا.

والواقع الذي يعيشه الناس الآن هو امتداد لذلك الواقع.

ولو كانت المعاملات مقصورة شرعا على العقود اللفظية لرأينا هذا في سيرة المتشرعة من خلال تعاملهم بعضهم البعض على الأقل.

ولكن المرئي غيره وهو التعامل باللفظ وبالفعل، وعلى حد سواء.

أما الروايات فقد استعرض جملة منها صاحب الحدائق، وهي تفيد بظاهرها صحة المعاملة في حالة عدم الإتيان بها بالصيغة في صورتها المشترطة عند من يلزم بها من الفقهاء.

ويأتي لهذا زيادة بيان في مواضعه.

وأخيرا:

تسلمنا التعريفات المتقدمة وتحليلاتها إلى التالي:

أن العقد ليس هو الارتباط، لأن الارتباط من أفعال المطاوعة، تقول: ربطته فارتبط.

وهو بهذا يفيد معنى الانعقاد، تقول: عقدته فانعقد .. والانعقاد نتيجة العقد إذا وقع صحيحا.

فالارتباط هو الانعقاد – كما أفاد الشيخ كاشف الغطاء.

وأيضا ليس هو الإيجاب المقترن بالقبول، لأن الإيجاب وحده حتى مع اقترانه بالقبول لا يعطينا تعريف العقد، لأنه أحد أركان العقد، ولا يستقوم الشيء إلا بجميع أركانه.

فالعقد -في الحقيقة- إما مجموع الإيجاب والقبول والعلاقة بينهما التي هي ربط أحدهما بالآخر، وذلك لأننا عند تحليل العقد نقول: يتكون العقد من الإيجاب والقبول وربط أحدهما بالآخر.

وإما هو الربط بين الإيجاب والقبول، لأن الربط بينهما هو عقد أحدهما بالآخر.

فإذا نظر العقد مركبا فهو: الإيجاب والقبول والعلاقة بينهما. وإذا نظر بسيطا فهو: ربط الإيجاب بالقبول.

عناصر العقد :

بعد أن عرفنا وعرفنا مفهوم العقد لغة وقانونا وفقها، نحاول -هنا- أن نعرف ونعرف عناصر العقد، وهي أركانه التي يتقوم بها، وله سميت بالأركان، وبالمقومات أيضا، وهي:

١- المتعاقدان.

٢- العوضان.

٣- التعاقد.

المتعاقدان :

يراد بهما طرفا العقد من الأشخاص طبيعيين واعتباريين، ويعبر عنهما (طرفا العقد) و(المتعاقدان) و(العاقدان).

وهما اللذان يقومان بعملية التعاقد بإبرام المعاملة عن طريق ربط العقد بينهما، فيصبح كل منهما طرفا في التعاقد تنطبق عليه أحكام وآثار المعاملة.

واشترط في كل من المتعاقدين أن يتوفر على الأوصاف التالية:

- البلوغ.
- العقل.
- الاختيار.
- التملك.

ولابد من التوطئة لهذا بالبيان التالي:

تختلف أحكام المعاملات بالنسبة للإنسان باختلاف مراحل حياته من حيث اكتمال الأهلية ونقصانها وكالتالي:

المرحلة الأولى: من الولادة إلى سن التمييز.

في هذه المرحلة - ولنسمها مرحلة ما قبل التمييز - يكون الإنسان قاصرا غير مميز.

ويصطلح الفقه على الإنسان في هذه المرحلة بـ (الصبي غير المميز) أو (الصغير غير المميز).

ولا خلاف بين الفقهاء في عدم صحة معاملات الإنسان في هذه المرحلة، لأنه فاقد الأهلية.

المرحلة الثانية: من سن التمييز إلى سن الرشد.

ويراد بها فترة ما بعد التمييز مرورا بسن البلوغ الشرعي وقبل الوصول إلى سن الرشد.

ويصطلح الفقه على الإنسان في هذه المرحلة -وبخاصة في ما قبل البلوغ- (الصبي المميز) أو (المميز) فقط.

وعرفت المادة (٩٤٣) من المجلة العدلية الصغير غير المميز بأنه ((الذي لا يفهم البيع والشراء، يعني من لا يعرف أن البيع سالب للملكية، والشراء جالب لها، ولا يفرق بين الغبن الفاحش الظاهر كالتغرير في العشرة خمسة، وبين الغبن اليسير)) .

ومنه نعرف تعريف الصغير المميز بأنه الذي يعرف أن البيع سالب، والشراء جالب، ويقصد الربح، ويميز بين الغبن الفاحش والغبن اليسير.

ولأن الإنسان في هذه المرحلة -مرحلة ما بين التمييز والرشد- يمتلك قدرة التمييز، ولكنه لم يصل إلى مستوى الرشد يعتبر غير مكتمل الأهلية (ناقص الأهلية).

وهي المرحلة التي اختلف الفقهاء في حكم تصرفات الصغير فيها بين المنع والجواز، فذهب المشهور إلى المنع، وغيرهم إلى الجواز.

على خلاف بين المجوزين في صحة وبطلان إنشائه (أي إجرائه لصيغة العقد)، ووكالته عن الغير، واستقلاله في التصرف أو لا بد من إذن وليه، وفي تصرفه بماله، وتصرفه بمال غيره -كما سيأتي-.

المرحلة الثالثة: من سن الرشد وما بعدها، ولنسمها مرحلة الرشد.

في هذه المرحلة يكون الإنسان مكتمل الأهلية، ويصطلح عليه فقهيا بـ(الرشيد) و(الراشد).

ولا خلاف بين الفقهاء في صحة تصرفاته.

وعبر الفقهاء في موضوعنا هذا عن المرحلة الثانية التي هي موضع الخلاف بـ(البلوغ)، والمرحلة الثالثة التي هي موضع الوفاق بـ(الرشد) أو (العقل) مرادا به الرشد.

والفرق بين التمييز والرشد هو أن التمييز مستوى من الوعي دون مستوى الرشد، أو هو أول مستويات الرشد.

ومن هنا لم يعتبر المميز مكتمل الأهلية، لأن الأهلية الكاملة لا تكون إلا للراشد.

ووضع القانون المدني الفرنسي المميز بين مرتبة الرشد ومرتبة انعدام الأهلية، بمنحه قسطا من الأهلية [1].

أ- البلوغ:

تقدم في الجزء الأول من هذا الكتاب تحديد البلوغ.

وهذا الشرط -أعني اشتراط البلوغ لصحة المعاملة- خلافي.

فقد ذهب المشهور إلى بطلان معاملة الصغير الذي بعد لما يبلغ، قال في (الحدائق): ((ظاهر كلام جمهور الأصحاب أنه لا يصح بيع الصبي وشراؤه ولو أذن له الولي)).

ولم يفرقوا في المسألة بين أفراد الصبي، قال في (المستند): ((لا يصح بيع الصبي مطلقا: مميزا كان أو لا، بإذن الولي أو بدونه، في ماله أو مال غيره)).

وعمموا هذا المنع إلى جميع تصرفات الصبي إلا ما استثنته النصوص والفتاوى كعباداته ووصاياه وإيصال الهدايا والاستئذان في دخول الدار المدلول عليه بالآية الكريمة: {**يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا**

---

[1] انظر: نظرية العقد، للنقيب ١٦١

الحلم منكم ثلاث مرات من قبل صلاة الفجر وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة

ومن بعد صلاة العشاء ثلاث عورات لكم ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض كذلك يبين الله لكم الآيات والله عليم حكيم}، قال في (التذكرة) -كما حكاه عنه في الحدائق- : ((الصغير محجور عليه بالإجماع، سواء كان مميزا أو لا، في جميع التصرفات إلا ما استثني كعباداته وإسلامه وإحرامه وتدبيره ووصيته وإيصال الهدية وإذنه في دخول الدار)).

وأهم ما استدلوا به لهذا الرأي:

١- الآية الكريمة: **{وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم}**.

بتقريب أن الآية الكريمة تفيد بمنطوقها: أن دفع مال اليتيم إليه لا يجوز إلا بعد أن يبلغ، ثم يختبر، ويثبت الاختبار رشده.

وعلى هذا يكون مفهومها: إذا لم يبلغ اليتيم، أو أنه بلغ ولكن أثبت الاختبار عدم رشده فلا يجوز دفع ماله إليه.

٢- حديث رفع القلم المروي عن النبي (ص): (رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ).

بناء على أن المقصود بالقلم -في الحديث- قلم الإلزام بما يشمل الأحكام التكليفية والوضعية.

وخبر حمزة بن حمران عن الإمام الباقر (ع): ((إن الجارية ليست مثل الغلام، إن الجارية إذا زوجت ودخل بها، ولها تسع سنين، ذهب عنها اليتم،

ودفع إليها مالها، وجاز أمرها في الشراء والبيع، وأقيمت عليها الحـــدود التامـــة وأخذت لها وبها.

قال: والغلام لا يجوز أمره في البيع والشراء، ولا يخرج عن اليتم حتى يبلـــغ خمس عشرة سنة، أو يحتلم، أو يشعر، أو ينبت، قبل ذلك)).

وخبر عبد الله بن سنان عن الإمام الصادق (ع): أنه سئل أبي -وأنا حاضر- عن اليتيم متى يجوز أمره ؟ قال: حتى يبلغ أشده.

قال: وما أشده ؟

قال: احتلامه)).

والخبران -كما ترى- ظاهرا الدلالة في المدعى.

٣- الإجماع:

ادعاه غير واحد منهم العلامة الحلي في (التذكرة) -كما تقدم- والسيد ابـن زهرة في (الغنية) كما حكاه عنه الشيخ الأنصاري في المكاسب حيث قـــال: ((المشهور كما عن الدروس والكفاية بطلان عقد الصبي، بل عن الغنية الإجمـــاع وإن أجازه الولي)).

٤- الشهرة:

استدل بها الشيخ الأنصاري في (المكاسب) قال: ((فالإنصاف أن الحجـة في المسألة هي الشهرة المحققة والإجماع المحكي)).

- وما يعتبر رأيا ثانيا في المسألة ما أشار إليه في (المبسوط)، قال: ((ولا يصح بيع الصبي وشراؤه، أذن له الولي أو لم يأذن. وروي أنه إذا بلغ عشر سنين وكان رشيدا كان جايزا)).

وفي (الحدائق): ((ونقل جماعة من الأصحاب -هنا- قولا بجواز بيع الصـــبي وشرائه إذا بلغ عشرا وكان عاقلا.

ورده بالضعف)). أي ضعف الرواية، أو ضعف دليله لأنه قياس على بعض تصرفاته المستثناة من المنع، والقياس باطل.

- ورأي ثالث بجواز عقد الصبي حال الاختبار (الابتلاء) الذي أشارت إليه الآية الكريمة **{وابتلوا اليتامى}**، ((فإن ظاهر الآية كون الاختبار قبل البلوغ)).

وعرف هذا الرأي عن الشيخ ابن إدريس الحلي، قال في (المكاسب): ((ويظهر من (التذكرة) عدم ثبوت الإجماع عنده حيث قال: وهل يصح بيع المميز وشراؤه ؟ ، الوجه عندي أنه لا يصح، واختار في (السرائر) صحة بيع الصبي في مقام اختبار رشده)).

- وآخر رابع عن فخر المحققين في شرحه، وهو صحة بيع الصبي المميز بإذن الولي، ذكره الشيخ الأنصاري في (المكاسب) قال: ((وقال في (القواعد): وفي صحة بيع المميز بإذن الولي نظر، بل عن الفخر في شرحه: إن الأقوى الصحة، مستدلا بأن العقد إذا وقع بإذن الولي كان كما لو صدر عنه، ولكن لم أجده فيه)) أي في شرحه الموسوم بـ(إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد).

ثم قال: ((وقواه المحقق الأردبيلي على ما حكي عنه))، ولعله يشير بهذا إلى ما جاء في (الحدائق) من قوله: ((ويظهر من المحقق الأردبيلي في شرح الإرشاد المناقشة في هذا المقام، حيث قال ما ملخصه: والإجماع مطلقا غير ظاهر، والآية غير صريحة الدلالة، لأن عدم دفع المال إليهم، وعدم الاعتداد بإملائهم[1] لا يستلزم عدم جواز إيقاع العقد، وعدم الاعتبار بكلامهم، خصوصا مع إذن الولي المميز)).

---

[1] يشير إلى الآية الكريمة **{وإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه}**
التي هي من أدلة المشهور على المنع .

ويؤيده اعتبار المستثنى، فإنه لو كان ممن لا اعتداد بكلامه ما كان ينبغي الاستثناء، ولهذا قيل بجواز عقده إذا بلغ عشرا، أو عقده حال الاختبار، فإن ظاهر الآية كون الاختبار قبل البلوغ، ولئلا يلزم التأخير في الدفع مع الاستحقاق.

إلى أن قال: وبالجملة إذا جاز عتقه ووصيته وصدقته بالمعروف وغيرها من القربات، كما هو ظاهر الروايات الكثيرة، لا يبعد جواز بيعه وشرائه وسائر معاملاته إذا كان بصيرا مميزا رشيدا يعرف نفعه وضره بالمال، كما نجده في كثير من الصبيان، فإنه قد يوجد منهم من هو أعظم في هذه الأمور من آبائهم، فلا مانع له من إيقاع العقد، خصوصا مع إذن الولي أو حضوره بعد تعيينه الثمن، انتهى)).

وقواه -أيضا- الميرزا الشهيدي في (هداية الطالب إلى أسرار المكاسب) مستدلا بالإطلاق قال: ((الأقوى -خلافا للمشهور- عدم اعتبار البلوغ في صحة العقد، مضافا إلى العقل والقدرة على الإنشاء)).

وذلك لإطلاق أدلة العقود في أبواب المعاملات، مع عدم صلاحية ما استند إليه في الحكم بالفساد بدونه)).

- وما قد يعد رأيا خامسا: ما ذهب إليه السيد الطباطبائي في (الرياض) حيث قال: ((الأظهر جوازه (يعني البيع) في ما كان (الصبي) فيه بمنزلة الآلة لمن له الأهلية، لتداوله في الأعصار والأمصار السابقة واللاحقة من غير نكير، وحيث يعد مثله إجماعا من المسلمين كافة.

لكن ينبغي تخصيصه بما هو المعتاد في أمثال هذه الأزمنة فإنه الذي يمكن فيه دعوى اتفاق الأمة)).

- وانتهى السيد الخميني في كتاب (البيع) بعد بحثه للمسألة بحثا مشبعا إلى النتيجة التالية، وهي أن ((التحقيق صحة وكالته عن الغير في إجراء الصيغة، بل وفي أصل المعاملات بلا إذن الولي، وصحة معاملاته في الأمور اليسيرة المتعارفة مع إذن الأولياء)).

هذه هي الآراء في المسألة مع أهم ما استدل به، وفي مجال الموازنة بينها لا بد من معرفة مدى قدرة كل منها على النهوض بالدلالة على الرأي:

- أما الشهرة، فيقول الميرزا فتاح الشهيدي في مناقشته لها: ((العجب من المصنف -قده- (يعني صاحب المكاسب) أنه مع اختياره عدم حجيتها كيف اعتمد عليها في غير موضع من الفقه مثل المقام)).

- والإجماع غير تام لوجود المخالف كما رأينا.

- وبالنسبة للروايات:

فخبرا ابني سنان وحمزان غير معتبري السند.

وحديث رفع القلم، فالمراد بالقلم التكليف أي الحكم التكليفي وليس الحكم الوضعي كما في المقام.

والآية الكريمة ظاهرة الدلالة في تحديد وقت دفع مال اليتيم إليه فقط.

بتقريب أن الفاء في عبارة **{فإن آنستم منهم رشدا}** واقعة في جواب الطلب (ابتلوا)، وغير واقعة في جواب الشرط (إذا بلغوا) فهي رابطة للأنس بالابتلاء لا بالبلوغ، فمتى ما حصل الأنس بالرشد ولو قبل البلوغ ادفعوا إليهم أموالهم.

وعبارة **{حتى إذا بلغوا النكاح}** غاية لمدة الابتلاء، أي أن وقت الابتلاء مستمر إلى بلوغ النكاح، وفي أي وقت من هذه الفترة يحصل الأنس بالرشد يدفع المال.

وعليه تكون الآية دليلا لقول غير المشهور، فلا مجال حينئذ أن يقال إن عدم دفع المال يستلزم عدم جواز إنشاء العقد من الصبي إذ لا تلازم بين الأمرين.

فالأقرب القول بالجواز وصحة العقد من قبل الصبي المميز، وذلك:

- لإطلاق أدلة الوفاء بالعقود في المعاملات -كما استدل به الميرزا الشهيدي-.

- والسيرة، وأعني بها سيرة المتشرعة -القائمة على صحة معاملات الصبي المميز- كما استدل بها المولى الأردبيلي.

ولكن بقصرها على تصرفات الصبي في الأمور الصغيرة، لا الأمور الخطيرة.

وبه يتم الجمع بين الشهرة الفتوائية المانعة من تصرفات الصبي في الأمور الخطيرة، والسيرة الدالة على جواز تصرفاته في الأمور الصغيرة -كما أفاد الميرزا الشهيدي- .

والوضع الراهن في اعتماد الناس المتدينين على المميزين من أبنائهم في مساعدتهم بمعاملاتهم وفي حدود طاقاتهم ما هو إلا امتداد للسيرة المذكورة.

ب- العقل:

عبر بعضهم عن هذا الشرط بـ(العقل) مريدا به الرشد، وعبر آخر عنه بـ(الرشد).

والمقصود به -على كلا التعبيرين- وصول الإنسان إلى مرتبة الرشد.

والرشيد -كما تعرفه المجلة العدلية في المادة ٩٤٧ ((هو الذي يتقيد بمحافظة ماله ويتوقى السرف والتبذير)).

ولابد من الإشارة -هنا- إلى أن مفهوم الرشد وما سيعقبه من مفاهيم أخرى ترتبط بالموضوع -وهي الجنون والعته والسفه والغفلة والإغماء والسكر

والنوم- هي من المفاهيم العرفية التي يرجع في تحديدها وتعيين مصاديقها إلى العرف.

وقد تبينا وجوب اشتراط الرشد -فيما تقدم من حديثنا حول عقد الصبي-

واشتراط الرشد من الأمور المتسالم عليها، والتي لا خلاف بينهم في صحة تصرفات الإنسان عند وصوله إلى هذه المرتبة وهي مرتبة الرشد.

ويمكننا أن ندخل هذين الشرطين (البلوغ والعقل) تحت مظلة عنوان واحد هو **(الأهلية)**.

والأهلية: هي صلاحية الإنسان لأن يتصرف تصرفا واعيا مدركا لتحمل مسؤولية ما يترتب على تصرفه من أحكام وآثار شرعية أو قانونية أو عرفية.

وتنقسم الأهلية إلى قسمين:

أ- **أهلية الوجوب:** وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه.

أي صلاحيته لتمتعه بحقوقه وتحمله لمسؤولياتها.

ب- **أهلية الأداء:** وهي صلاحية الإنسان لاستعمال حقوقه أي صلاحيته للقيام بالأعمال المشروعة ومباشرتها أمثال البيع والشراء.

والمقصود من الأهليتين -هنا- أهلية الأداء.

وأهلية الأداء تتدرج بتدرج التمييز لدى الشخص الطبيعي ((فهي تدور معه وجودا وعدما، تماما ونقصانا، فإن انعدم التمييز انعدمت الأهلية، وإذا كان التمييز ناقصا كانت الأهلية ناقصة، وإن كان تاما كانت تامة)) [1].

وعلى هدي هذا نقول:

---

[1] نظرية العقد ١٥٧

- إذا كان الشخص تام الأهلية لاخلاف بين الفقهاء في صحة تصرفاته، ومنها المعاملات المالية.

- وإذا كان ناقص الأهلية فإنهم يختلفون في صحة تصرفاته حسب التفصيل المتقدم.

- وإذا كان فاقد الأهلية فإنهم يتفقون على بطلان تصرفاته المعاملية.

عوارض الأهلية :

ويتفرع على ما تقدم: أن الإنسان عندما يبلغ سن الرشد وتكتمل فيه أهلية الأداء، قد يعرض لأهليته ما يخل بها، فيفقد الشخص بسبب ذلك العارض القدرة على الأداء.

وتعرف هذه العوارض -قانونيا- بعوارض الأهلية.

وتتمثل في علم الفقه بالأحوال التالية: الجنون والعته والسفه والغفلة والنوم والإغماء والسكر.

وتقدم أن هذه المفاهيم عرفية يرجع في أمر تحديدها وتعيين مصاديقها إلى العرف.

ولكن لا بأس ببيان الفرق بين الجنون والعته، والغفلة والسفه.

فالجنون: هو اضطراب في العقل يفقد الإنسان تمييزه فلا يدرك أعماله الشرعية ولا يفهم معناها، فتنعدم لذلك أهليته.

وهو على نوعين:

أ- الجنون الإطباقي: وهو الذي يستمر تأثيره على الوعي، ويطبق على جميع أوقاته، فلا يفيق صاحبه في وقت من الأوقات.

ب- الجنون الأدواري: وهو الذي لا يستمر تأثيره على الوعي، وإنما يعرض للإنسان دوريا، فيفيق صاحبه في وقت ويجن في وقت.

تقول المجلة العدلية في المادة ٩٤٤: ((المجنون على قسمين:

أحدهما: المجنون المطبق: وهو الذي يستوعب جنونه جميع أوقاته.

والثاني: المجنون غير المطبق: وهو الذي يكون في بعض الأوقات مجنونا، ويفيق في بعضها)).

ففي حالة الجنون تنعدم الأهلية فلا تصح تصرفاته، وفي حالة الإفاقة تصح تصرفاته لوجدان الأهلية.

والمعتوه –كما تعرفه المجلة العدلية في المادة ٩٤٥– هو ((الذي اختل شعوره بأن كان فهمه قليلا وكلامه مختلطا وتدبيره فاسدا)). فالعته حالة نفسية دون مرتبة الجنون، يفقد معها الشخص بعض تمييزه، فيكون والحالة هذه ناقص الأهلية.

وعرفت المجلة العدلية في المادة ٩٤٦ الإنسان السفيه بأنه ((الذي يصرف ماله في غير موضعه، ويبذر في مصروفاته، ويضيع أمواله، ويتلفها بالإسراف)).

أما ذوو الغفلة فعرفتهم بأنهم ((الذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وإعطائهم، ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بسبب بلاهتهم وخلو قلوبهم)).

قال السيد الطباطبائي في (الرياض): ((لا يجوز بيع المجنون ولو أدواريا إذا كان (بيعه) حال جنونه، ولا المغمى عليه، ولا السكران ولا الصبي ولا السفيه ولا المكره بغير حق ولا الغافل ولا النائم ولا الهازل بلا خلاف أجده إلا في الصبي خاصة)).

ج– الاختيار:

قال الشيخ الأنصاري في (المكاسب): ((ومن شرائط المتعاقدين: الاختيار، والمراد به: القصد إلى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس.

في مقابل الكراهة وعدم طيب النفس، لا الاختيار في مقابل الجبر)).

ثم استدل لاشتراط هذا الشرط بالتالي:

١- القرآن الكريم من خلال قوله تعالى: **{إلا أن تكون تجارة عن تراض}**.

٢- السنة الشريفة من خلال قوله (ص): (لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه)، وقوله (ص) -في الحديث المعروف بحديث الرفع والمتفق عليه بين المسلمين-: (رفع أو وضع عن أمتي تسعة أشياء أو ستة، ومنها: ما أكرهوا عليه).

بتقريب أن الحديث - وإن كان المستفاد من ظاهره هو رفع المؤاخذة - ((إلا أن استشهاد الإمام (ع) به في رفع بعض الأحكام الوضعية يشهد لعموم المؤاخذة فيه لمطلق الإلزام عليه بشيء، ففي صحيحة البزنطي عن أبي الحسن (ع): (في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك، أيلزمه ذلك ؟ ، فقال (ع): لا، قال رسول الله (ص): وضع عن أمتي ما أكرهوا عليه، وما لم يطيقوا وما أخطأوا).

والحلف بالطلاق والعتاق، وإن لم يكن صحيحا عندنا من دون الإكراه أيضا، إلا أن مجرد استشهاد الإمام (ع) في عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما اكرهوا عليه يدل على أن المراد بالنبوي ليس خصوص المؤاخذة والعقاب الأخروي)).

٣- الإجماع.

وأضاف إلى هذه الأدلة -كما سيأتي- صاحب الجواهر:

٤- ضرورة المذهب.

وإذا أردنا أن نوضح المراد بالاختيار -هنا- نقول: إن من الشرائط التي يلزم توفرها في كل من المتعاقدين هو قصد إيقاع محتوى العقد، أي المعقود عليه.

وهذا القصد هو ما يعبر عنه -علميا- بالإرادة.

ثم لابد أن تكون هذه الإرادة حرة.

ومعنى حرية الإرادة: أن لكل من المتعاقدين الخيار في ذلك فإن شاء فعل، وإن شاء لم يفعل، وهو معنى الاختيار.

وأيضا لابد أن يصاحب هذا الاختيار، الرضى بالفعل، أي الرغبة النفسية فيه.

فالإرادة هي: انعقاد العزم على إجراء المعاملة التي هي محل التعاقد.

والاختيار هو: تمكن المتعاقد من ترجيح فعل المعاملة أو تركها.

والرضى هو: الرغبة في فعل المعاملة.

وعليه:

لابد من أن يأتي العقد وليد إرادة حرة.

ومن هنا: نستطيع أن ندرج هذه العناوين تحت عنوان واحد هو (حرية الإرادة).

أو قل: نسمي ما أسماه الفقهاء الاختيار (حرية الإرادة) لأنها تنطوي على المقصود.

ومن عيوب الإرادة، المؤثرة عليها في إفساد العقد: الإكراه.

والمراد بالإكراه -هنا- هو أن يرغم المتعاقد على إجراء المعاملة عن طريق التهديد بإلحاق ضرر معين به، فيقوم بالإجراء خوفا من وقوع الضرر المهدد به.

ولكن يشترط في التهديد المذكور لكي يكون إكراها يعيب الإرادة أن يكون تهديدا غير مشروع، أي بغير حق -كما في عبارة صاحب الجواهر الآتية-

فالمراد من الإكراه المقابل للاختيار -في لغة الفقهاء- هو هذا الذي ذكرناه في أعلاه.

و «لا خلاف بين الأصحاب في اشتراط الاختيار، فلا يصح عقد المكره لفوات الشرط المذكور» كما في الحدائق.

وقال في (الجواهر) -وهو في معرض تعداد الأحوال التي تعرض للمتعاقد فلا يصح عقده-: «والمكره بغير حق..بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل الضرورة من المذهب».

د- التملك:

والمقصود به أن يكون المتعاقد مالكا لما يريد أن يجري المعاملة عليه، وقادرا على التصرف فيه شرعا، أي غير ممنوع شرعا من التصرف فيه بنقل ملكيته إلى الغير، أو تسليط الغير على التصرف فيه، أو أن يكون المتعاقد ممن له أن يحل محل المالك شرعا أمثال والد المالك وجده لأبيه، ووكيل المالك ووصي المالك أو وصي أبيه وجده والحاكم الشرعي وأمينه، وعدول المؤمنين، وغير المؤمنين عند عدمهم، قال في (الجواهر): «أن يكون البايع -مثلا- مالكا للمبيع أو ممن له أن يبيع عن المالك كالأب والجد للأب والوكيل للمالك والقائم مقامه أو المأذون عنه والوصي له أو لأحد الأبوين المذكورين والحاكم وأمينه، بلا خلاف أجده في شيء منها، بل الإجماع بقسميه على ذلك، بل غيره من الأدلة كتاب وسنة واضحة الدلالة عليه، بل تدل أيضا على زيادة عدول المؤمنين من باب الحسبة المستفادة من آية المعاونة **{وتعاونوا على البر والتقوى}**، و (آية) عدم السبيل على المحسن **{ما على المحسنين من سبيل}**، وأن المؤمنين بعضهم أولياء بعض (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض)، وخيرية الإصلاح لليتامى **{ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير}**، وجملة من النصوص المعتبرة كصحيح ابن بزيع (قال: مات رجل من أصحابنا و لم يوص، فرفع أمره إلى قاضي الكوفة فصير عبد الحميد القيم بماله، وكان الرجل خلف ورثة صغارا

ومتاعا وجواري، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهن إذ لم يكن الميت صير إليه وصيته، وكان قيامه فيها بأمر القاضي لأنهن فروج، قال: فذكرت ذلك لأبي جعفر (ع) وقلت له: يموت الرجل من أصحابنا ولا يوصي إلى أحد ويخلف جواري، فيقيم القاضي رجلا منا فيبيعهن، أو قال: يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج فما ترى في ذلك؟ قال: فقال: إذا كان القيم به مثلك أو مثل عبد الحميد فلا بأس))، وغيره، بل مقتضى كثير مما سمعت قيام الفساق مقامهم أيضا مع عدمهم)).

ولنسم هذا الشرط (حرية التصرف) مستمدين هذه التسمية من خلال واقعه وهو كون المتعاقد حر التصرف في المعقود عليه.

وعلى أساس منه تندرج **شروط المتعاقدين** تحت العناوين التالية:

١- الأهلية.

٢- حرية الإرادة.

٣- حرية التصرف.

العوضان :

لأن موضوعنا -هنا- هو المعاملة المالية، والمعاملة -كما تقدم- تقع بين طرفين وتقوم على أساس من مبادلة مال بمال، أطلق على كل واحد من المالين المتبادلين -في اللغة والاصطلاح- عنوان (عوض)، لأنه يعوض به المال المبذول.

فكل طرف من طرفي المعاملة عندما يسلم ماله للآخر بحكم العقد الجاري بينهما يعوضه الطرف الآخر عن ماله المبذول بمال آخر، فكل واحد من المالين هو عوض عن الآخر.

تعريف العوض:

ومن هنا عرف العوض في اللغة العربية بالبدل، وله قد تسمى المعاملة بالمعاوضة والمبادلة، أي معاوضة مال بمال، ومبادلة مال بمال.

وعرفه المحامي غطاس في كتابه (معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال)-ص١٢٨- بما نصه: ((عوض **Consideration** : في القانون التجاري تعني الكلمة شيئا ذا قيمة يعطيه أحد طرفي العقد لحمل الطرف الآخر على إبرام العقد أو الدخول معه في اتفاق)).

ويطلق على أحد العوضين ثمنا والآخر مثمنا، ويتضح الفرق بينهما من حيث التسمية في معاملة البيع، فما يقدمه البائع -أي المبيع- هو المثمن، وما يقدمه المشتري هو الثمن.

وقد انصبت تعريفات الفقهاء و القانونيين على الثمن دون المثمن، ويرجع هذا إلى أن تعريف المثمن يعرف من تعريف الثمن لأنه المقابل له.

قال الراغب الإصفهاني: ((الثمن اسم لما يأخذه البائع في مقابلة المبيع عينا (أي نقدا) كان أو سلعة. وكل ما يحصل عوضا عن شيء فهو ثمنه)).

وفي ضوء تعريف الراغب عرف بعض المعاجم العربية الثمن بـ ((العوض الذي يؤخذ على التراضي في مقابلة المبيع عينا كان أو سلعة)) .

ويفرق في التعبير بين الثمن والمثمن بتعدية الفعل (فعل الشراء أو البيع) إلى المثمن بنفسه، وإلى الثمن بالباء، قال الله تعالى: **{وشروه بثمن بخس دراهم معدودة}**، تقول: (بعتك الكتاب بدينار واحد)، وتقول: (اشتريت الكتاب منك بدينار واحد) أو تقول: (اشتريت منك كتاب البلاغة بكتاب النحو).

ولابد من الإشارة إلى أن هناك فرقا بين الثمن والقيمة، وهو أن القيمة هي تقدير مالية الشيء من خلال تقويم المقومين له، والقيمة تأتي في التقدير مساوية للشيء عادة، بينما الثمن قد يساوي وقد يزيد وقد ينقص.

يقول الدكتور عمارة في كتابه (قاموس المصطلحات الاقتصادية في الحضارة الإسلامية) -ص١٣٦-: ((والثمن.. ما يقدره العاقدان عوضا للمبيع في عقد البيع.

وما قدره أهل السوق فيما بينهم وروجوه في معاملاتهم يسمى قيمة، لأن قيمة الشيء هي عبارة عن قدر ماليته بالدرهم والدينار بتقويم المقومين، وهي مساوية له، بخلاف الثمن فإنه يكون ناقصا وزائدا)).

وفي (معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء) للدكتور نزيه حماد - ص ١٣١-: ((ويطلق الفقهاء كلمة (الثمن) في مقابلة (القيمة)، ويريدون به العوض الذي تراضى عليه المتعاقدان، سواء كان مطابقا لقيمته الحقيقية، أو ناقصا عنها، أو زائدا عليها)).

شروط العوضين:

واشترط فقهيا -في العوضين- أن يتوفر كل واحد منهما على الأوصاف التالية:

١- أن يكونا متمولين:

ونتبين دليل هذا الشرط من أن المعاملة -هنا- معاملة مالية تقع بين طرفين لأنها معاملة، وتتقوم بالمال لأنها مالية.

فاشتراط المالية في العوض -هنا- أمر أساسي تقتضيه طبيعة المعاملة لتوقف اعتبارها مالية عليه.

وتقدم –في المقدمة– أن أوضحنا أن مالية الشيء تتقوم بتوفره على عنصرين أساسيين، هما:

أ– اعتبار العرف:

ويحترز بهذا عن الشيء الذي لا ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء، فإنه لا يعتد مالاً عرفاً، وهذا مثال الخنافس والديدان، وحبة السرز، إلا إذا اتصفت بوصف يعطيها قيمة اجتماعية، وذلك كما لو كتب على الحبة آيات من القرآن الكريم أو كلمة حكمة أو غير هذا، بما تعد بسببه مالاً عرفاً.

ب– تحليل الشرع:

ويحترز بهذا عن الأشياء التي أهدر الشارع المقدس ماليتها، فإنها لا تعد مالاً شرعاً، كالخمر والخنزير.

وعليه: فمتى ما توافر هذان العنصران (اعتبار العرف وتحليل الشرع) في الشيء الذي يراد استعماله عوضاً في المعاملة اعتدت عوضاً.

والمسألة هذه مما تسالمت عليه كلمة الفقهاء.

٢– أن يكونا مملوكين:

وذلك لعدم صحة تصرف الإنسان تصرف تبادل (نقل العوض منه وانتقاله إلى طرفه الآخر) إلاّ في ملكه، ومنه كانت القاعدة الفقهية المعروفة (لا بيع إلاّ في ملك).

وأيضاً هذه المسألة موضع وفاق الفقهاء.

٣– أن يكونا طِلقين:

والطِّلْق –بكسر الطاء المهملة وسكون اللام– يعرفه الشيخ الأنصاري في (المكاسب) بأنه «تمام السلطنة على الملك بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما يشاء ويكون مطلق العنان في ذلك».

وهذا التعريف -كما ترى- يساوق ويساوي حرية التصرف التي مر الكلام في اشتراط توافرها في المتعاقدين، فكان الأولى أن يعرف الطِلْق بـ ((المطلق الذي يتمكن صاحبه فيه من جميع التصرفات)) -كما جاء في بعض المعاجم- ليصلح أن يكون وصفاً للعوض، وذلك لأن المراد بهذا الشرط أن يكون الشيء الذي يقصد استعماله عوضاً في المعاملة غير متصف بما يمنع المالك من التصرف به نقلاً وانتقالاً، ومن هنا ذهبوا إلى أن هذا الشرط مما يحترز به عن مثل بيع الوقف إلاّ فيما استثني، وبيع الرهن بغير إذن المرتهن أو إجازته، وهذا لا يتضح إلاّ من خلال التعريف المعجمي المذكور.

والمسألة هذه أيضاً لا خلاف فيها.

٤- أن يكونا معلومين:

وذلك بتعيين ومعرفة ماهية العوض من حيث النوعية، ومقداره من حيث الكمية إن كان مما يقدر.

فالمراد من كونهما معلومين أن يكونا معينين بأوصافهما المميزة.

ومرجع هذا لما رواه أبو هريرة من أن النبي (ص): (نهى عن بيع الحصاة [1] وعن بيع الغرر) الذي تلقاه المسلمون بالقبول واشتهر بينهم.

و يتم الاستدلال به بتفسير الغرر بالجهالة التي تعني عدم العلم .

٥- أن يكونا مقدوراً على تسليمهما:

[1] بيع الحصاة: من أنواع البيوع التي كانت معروفة في الجاهلية، وهو أن يكون لدى البائع عدد من السلع كالثياب فيقول للمشتري: بعتك من الأثواب ما تقع عليه الحصاة.(انظر الموسوعة الفقهية الكويتية: مادة:بيع).

أي القدرة على تبادلهما بتسليم كل طرف عوضه إلى الآخر، قال الشيخ الأنصاري في (المكاسب): ((من شروط العوضين القدرة على التسليم، فإن الظاهر الإجماع على اشتراطها في الجملة، كما في (جامع المقاصد)، وفي (التذكرة): أنه إجماع، وفي (المبسوط): الإجماع على عدم جواز بيع السمك في الماء، ولا الطير في الهواء، وعن (الغنية): أنه إنما اعتبرنا في المعقود عليه أن يكون مقدورا عليه تحفظا مما لا يمكن فيه ذلك كالسمك في الماء، والطير في الهواء، فإن ما هذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف.

واستدل في (التذكرة) على ذلك بأنه (نهى النبي عن بيع الغرر)، وهذا غرر.

والنهي -هنا- يوجب الفساد إجماعا على الظاهر المصرح به في موضع من (الإيضاح).

واشتهار الخبر بين الخاصة والعامة يجبر إرساله.

أما كون ما نحن فيه غررا فهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء وأهل اللغة.. فالكل متفقون على أخذ الجهالة في معنى الغرر، سواء تعلق الجهل بأصل وجوده أم بحصوله في يد من انتقل إليه أم بصفاته كما وكيفا)).

وأما الاستدلال بالنبوي فـ ((اتفاق أصحابنا -أيضا- على الاستدلال به)).

التعاقد:

تعريفه:

قالوا في لغتنا العربية: (تعاقد القوم) إذا تعاهدوا، و(المعاقدة): المعاهدة، ومنه قولهم: (تعاقدوا في ما بينهم) أي تعاهدوا في ما بينهم.

وإذا تذكرنا أن من تعاريف العقد: (أنه اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص أو أكثر بأداء مال أو عمل شيء لشخص أو أشخاص آخرين)، ندرك أن التعاقد

يعني إجراء العقد من قبل طرفي المعاملة المالية متضمناً تعهد كل منهما للآخر بالتملك والتمليك والنقل والانتقال.

عناصره:

ولابد في التعاقد لكي يتحقق العقد وتتم آثاره من التمليك والتملك أو النقل والانتقال، من شموله للعنصرين التاليين اللذين هما قوام حقيقته:

١- توافر إرادتي طرفي العقد وتوافقهما، ويعرف هذا في لغة الفقهاء بـ (التراضي).

٢- التعبير عن توافق الإرادتين (التراضي) بالقول أو بالفعل.

ذلك أن وجود الإرادة لدى كل طرف من طرفي التعاقد هو قوام الرضى بمحتوى ومقتضى العقد.

ووجود هذه الإرادة لأنه أمر نفسي لا يعرف إلاّ بالتعبير عنها وإبرازها بمبرز، إما قولاً أو فعلاً.

ومتى عبّر كل طرف من طرفي المعاملة عن توافر إرادته لديه المعرب عن رضاه بمحتوى ومقتضى العقد تحقق الرضى من كل طرف من الطرفين، وبتحقق الرضى من كل منهما يتحقق التراضي.

ولازم هذا التراضي الذي هو توافق الإرادتين تعهُد كل طرف من طرفي المعاملة بترتيب آثار العقد. فإذن لابد من:

١- وجود الإرادة.

٢- التعبير عن الإرادة.

٣- توافق الإرادتين.

٤- التعهد بترتيب آثار العقد.

توافق الإرادتين :

الإرادة -فلسفيا- حالة نفسية يمثلها شوق مؤكد، أو قل رغبة ملحة للقيام بفعل من الأفعال، تحرك صاحبها للقيام بالفعل، إشباعا لتلك الرغبة.

وعلميا، هي عمل ذهني يمر بمراحل ثلاث هي:

١- مرحلة التفكير:

وهي المرحلة التي يتجه فيها الفكر إلى أمر معين يرغب في تحقيقه.

٢- مرحلة التقويم:

وهي التي يقوم المرء فيها بتقييم ذلك الأمر، ثم التصميم على تحقيقه.

٣- مرحلة التحقيق:

وهي التي يقوم فيها المرء بإجراء ما يتحقق به الأمر [1].

وبهذه المرحلة الثالثة تتجسد الإرادة في الخارج من خلال ذلك المظهر الذي عبر عنها، ووفر الدليل على وجودها خارجا.

التعبير عن توافق الإرادتين :

يصطلح الفقهاء على تسمية الإرادتين بـ (الإيجاب) و (القبول)، فالإرادة التي تقوم بالعرض يسمى صاحبها بـ (الموجب)، والإرادة التي تقبل ذلك العرض يسمى صاحبها بـ (القابل).

فالإيجاب عرض، والقبول رضى بذلك العرض.

يقول الشيخ كاشف الغطاء في (تحرير المجلة ١/١١٧-١١٨):

« الموجب: هو الذي يملك ويتملك، سواء تقدم لفظه أو تأخر.

والقابل: هو الذي يرضى ويطاوع فعل الموجب، تقدم كذلك أو تأخر.

فقضية الموجب والقابل ليست قضية تقدم أو تأخير، وإنما الفرق بينهما جوهري ومعنوي، وحالهما يشبه -في الجملة- الكسر والانكسار.

---

[1] انظر: نظرية العقد ٩٥.

والميزان العدل أن يقال: الإيجاب: هو ما ينشئ به أحد العاقدين تمليك ماله وتملك مال غيره.

والقبول: هو الرضى بذلك والالتزام به ».

فالإيجاب والقبول هما الوسيلتان اللتان عن طريقهما تبرز الإرادتان وتظهران في الواقع الخارجي.

وعند تجاوب القبول مع الإيجاب يتحقق العقد.

ومن هنا جاء في الدرس القانوني قولهم: « يشترط العقد الجامع لإرادتين أو أكثر:

- من جهة أولى: عرضا أو إيجابا يصدر عن طرف.

- ومن جهة ثانية: قبولا بالعرض يرد من طرف آخر، فيلتقي العرض مع القبول وتتوافق الإرادتان بالتقائهما فينشأ العقد عن هذا التوافق [1] ».

فالتعبير لكي يحقق إبراز توافق الإرادتين فيعرب عن التراضي لابد أن يخطو الخطوات التالية:

١- الإيجاب أو العرض.

٢- القبول أو الرضى بالعرض.

٣- تجاوب القبول مع العرض.

ولتوضيح مفهومي الإيجاب والقبول يقول الدكتور النقيب في كتابه (نظرية العقد ١١٤و١٣١):

« العرض: هو تعبير منفرد عن الإرادة يصدر عن شخص أراد به التعاقد فوجهه إلى شخص آخر عارضا عليه إبرام العقد بشروط عينها، فيكون الذي قد

---

[1] نظرية العقد ١١٢.

عرض قد أوضح في الوقت ذاته نيته في اعتبار نفسه مرتبطا بما عرضه، ومتعهدا إذا لقي العرض قبولا من الذي وجه إليه ».

و«القبول: هو تعبير عن الإرادة يعلن به من وجه إليه العرض موافقته عليه، فيأتي القبول بعد صدور العرض، وتجاوبا معه، فتجتمع الإرادتان على وجهة مشتركة تبعا لهذا التجاوب وفي حدوده».

الشروط العامة :

ويشترط في الإيجاب قولا كان أو فعلا ما يلي:

١- الشمولية:

بمعنى أن يكون العرض الذي يتقدم به الموجب ويعرضه على القابل شاملا لجميع الشروط والأبعاد المطلوبة واللازم توافرها لإبرام العقد وتحقيق مقتضاه.

٢- الوضوح:

بمعنى أن يكون التعبير قولا كان أو فعلا، واضحا، أي ليس فيه ما يثير الالتباس أو التحفظ.

ويشترط في الموجب ما يلي:

١- أن يكون جادا في عرضه، أي لا يكون هازلا أو في معرض اللهو والتسلية أو التعجيز.

٢- أن يكون جازما في عرضه غير متردد أو متريب.

تقسيمه :

ينقسم التعبير عن التراضي أو توافق الإرادتين -على الرأي المشهور- إلى قسمين، أو قل: أسلوبين، هما:

١- التعبير بالقول.

٢- التعبير بالفعل.

التعبير بالقول:

ويتحقق ذلك باستخدام العبارة أو الصيغة -كما جاء في لغة الفقهاء- المفهمة للمقصود.

وتقدم -قريبا- أنه لابد من كون التعبير عن التراضي (الإيجاب والقبول) واضحا.

وعبر عنه الفقهاء بـ(اللفظ الصريح)، وهو الدال على المعنى المقصود بوضوح، في مقابلة (الكناية)، وهي اللفظ الذي لا يدل على المعنى المقصود إلا بمساعدة القرائن.

وفي (المكاسب): « والمراد بالصريح -كما يظهر من جماعة من الخاصة والعامة في باب الطلاق وغيره- ما كان موضوعا لعنوان ذلك العقد لغة وشرعا.

ومن الكناية: ما أفاد لازم ذلك العقد بحسب الوضع فيفيد إرادة نفسه بالقرائن ».

ثم علق عليه صاحب المكاسب بقوله: « والذي يظهر من النصوص المتفرقة في أبواب العقود اللازمة، والفتاوى المتعرضة لصيغها في البيع بقول مطلق، وفي بعض أنواعه، وفي غير البيع من العقود اللازمة، هو الاكتفاء بكل لفظ له ظهور عرفي معتد به في المعنى المقصود ».

« إذ لا يعقل الفرق في الوضوح الذي هو مناط الصراحة بين إفادة لفظ للمطلب بحكم الوضع أو إفادته له بضميمة لفظ آخر يدل عليه بالوضع على إرادة المطلب من ذلك اللفظ ».

وهو المعتبر وذلك لأن الوقوف عند عبارة معينة، وبخاصة أن الألفاظ المذكورة هي باللغة العربية، فلا يتم اشتراطها إلا إذا تم اشتراط استعمال اللغة العربية لغة للمعاملات المالية عند العرب وغير العرب، وهو غير تام -كما

سيأتي- ، بل الأمر بالعكس لجريان السيرة العقلائية وتطابق المجتمعات البشرية على استخدام كل أهل لغة عبائر من لغتهم في المعاملات المالية تعارفوا عليها والتزموا بها، وكان شيء من هذا يجري أمام المشرع المقدس، ولم يصدر منه منع لذلك.

واختلف في شؤونها الأخرى، وهي:

١- اشتراط أن تكون عبارة الإيجاب وعبارة القبول بصيغة الفعل الماضي المقصود به الإنشاء.

فالمشهور الاشتراط.

وجوز البعض التعبير بكل صيغة مفهمة دالة على المقصود لأن حقيقة العقد هو التراضي (توافق الإرادتين) وما الألفاظ إلا مترجمة عنه.

قال الشيخ الأنصاري في (المكاسب): «المشهور-كما عن غير واحد- اشتراط الماضوية، ولعله لصراحته في الإنشاء، إذ المستقبل أشبه بالوعد، والأمر استدعاء لا إيجاب، مع أن قصد الإنشاء في المستقبل خلاف المتعارف.

وعن القاضي في (الكامل) و (المهذب) عدم اعتبارها، ولعله لإطلاق البيع [1] والتجارة [2] وعموم العقود [3]، وما دل في بيع الآبق [4] واللبن [5]

---

[1] في آية **(أحل الله البيع)**.

[2] في آية **(إلا تكون تجارة عن تراض منكم)** .

[3] في آية **(أوفوا بالعقود)**.

[4] في موثق سماعة في شراء العبد الآبق (ويقول: اشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا وكذا).

[5] وفي موثق سماعة في شراء اللبن في الضرع (فتقول: اشتري منك هذا اللبن في السكرجة وما بقي في ضرعها بثمن مسمى).

في الضرع من الإيجاب بلفظ المضارع، وفحوى ما دل عليه في النكـــاح [1]، ولا يخلو هذا من قوة)).

واستنادا لما جاء في بعض نصوص البيع أمثال حسنة الحلـــبي عـــن الإمـــام الصادق (ع): ((قال: قدم لأبي متاع من مصر، فصنع طعاما ودعا له التجـــار، فقالوا له: نأخذه منك بده دوازده [2]، فقال لهم أبي: وكم يكون ذلك ؟ فقـــالوا: في العشرة آلاف ألفان، فقال لهم أبي: فإني أبيعكم هذا المتاع باثني عشر ألـــف درهم، فباعهم مساومة)).

٢- اشتراط أن تكون العبارة باللغة العربية .

وكذلك هو الرأي المشهور، لأن العربية - كما يستدلون - هـــي القـــدر المتيقن من أسباب ووسائل النقل و الانتقال.

وذهب البعض إلى عدم اشتراط هذا الشرط ، وجواز إجراء العقد بأية لغـــة أخرى لاستقرار سيرة العقلاء على ذلك .

٣- اشتراط الترتيب:

بتقديم الإيجاب على القبول، وفي المسألة ثلاثة أقوال، هي:

أ- الالتزام بالترتيب بلزوم تقديم الإيجاب على القبول مطلقا، أي من غـــير تفريق بين عبائر القبول.

وهو الرأي الأشهر عند فقهائنا، وممن قال به العلامة الحلي في (المختلـــف) واستدل له بالأصل، ويعني به أننا إذا قدمنا القبول على الإيجاب نشك في صحـــة العقد، والأصل الجاري هنا هو استصحاب بقاء الملك على مالكه، إذ لا ينتقـــل

---

[1] في حديث (أتزوجك متعة على كتاب الله تعالى).

[2] العبارة فارسية، وترجمتها: بزيادة اثنين على كل عشرة، أو العشرة باثني عشر.

عنه إلا بسبب شرعي، ولم يثبت كون العقد المشتمل على تقديم القبول سببا شرعيا فيبقى على الأصل الذي كان عليه.

وعبر عن هذا الميرزا فتاح الشهيدي بأصالة عدم ترتيب الأثر بدونه (أي بدون الترتيب بين الإيجاب والقبول)، وذلك بدعوى عدم شمول أدلة الصحة لغير صورة تقدم الإيجاب على القبول (أي الترتيب).

واستدل له آخرون بدليل عقلي هو أن القبول فرع الإيجاب والفرع -بما هو فرع- لا يعقل تقدمه على أصله، وإلا لزم الخلف.

ونوقش الدليل الأول بشمولية إطلاق النصوص الشرعية كآية الوفاء بالعقود لصورة تأخير الإيجاب عن القبول، وآية هذا تمسك الفقهاء بهذا الإطلاق في دفع ما يشك في اعتباره من العقد.

ويناقش الدليل الثاني بأن فرعية القبول على الإيجاب هي في مجال التأثير، أي أن القبول لا يؤثر أثره -وهو التملك والتمليك أو النقل والانتقال- إلا بعد وجود الإيجاب، وهذا لا يعني الفرعية التي هي تقدم الإيجاب على القبول، وإنما يعني لابدية وجودهما معا.

وبتعبير آخر: إن وجودهما ليؤثر العقد أثره تكاملي، لا ترتيبي، أي يتكاملان في تحقيق العقد وإيجاده، وهذا لا يعني فرعية القبول على الإيجاب، وإنما يعني أن كل واحد منهما مفتقر للآخر، فهو أصل له وفرع عليه.

ب- عدم وجوب الترتيب:

أي يجوز التقديم والتأخير مطلقا، أي من غير فرق في ألفاظ القبول -كما سيأتي-.

ذهب إليه جماعة منهم المحقق الحلي، قال في (الشرائع): « وهل يشترط تقديم الإيجاب على القبول؟ فيه تردد، والأشبه عدم الاشتراط ».

ودليل هذا المذهب -كما في (هداية الطالب)- أمران هما:

- الإطلاقات السليمة عن المقيد، كما ألمح إليه في رد الأصل الذي تمسك به القائلون بالمذهب الأول.

- الروايات الواردة في باب النكاح الدالة على جواز تقديم القبول مثل:

• خبر أبان بن تغلب المشتمل على قول الرجل: (أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة رسوله، إلى أن قال: فإذا قالت: نعم، فهي امرأتك وأنت أولى بها ».

• خبر سهل المشتمل على قوله: (زوجنيها يا رسول الله).

وإذا تم هذا في النكاح، ففي غيره من العقود كالمعاملات المالية أولى.

ج- التفصيل بين ألفاظ القبول:

- فيلزم الترتيب بتقديم الإيجاب وتأخير القبول إذا كان القبول بلفظ (قبلت) أو (رضيت).

- ويجوز الترتيب واللاترتيب إذا كان القبول بغير ما ذكر.

وهو رأي الشيخ الأنصاري في (المكاسب).

واستدل للجواز بما استدل به للمذهب الثاني، وهي « العمومات السليمة عما يصلح لتخصيصها، وفحوى جوازه في النكاح الثابت بالأخبار مثل خبر أبان بن تغلب الوارد في كيفية الصيغة المشتمل على صحة تقديم القبول بقوله للمرأة (أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة رسوله)، إلى أن قال: فإذا قالت: (نعم) فهي امرأتك وأنت أولى الناس بها) ورواية سهل الساعدي المشهورة في كتب الفريقين -كما قيل- المشتملة على تقديم القبول من الزوج بلفظ (زوجنيها).

واستدل للزوم الترتيب:

- بالإجماع المنقول.

- ويكون تقديم القبول إذا كان بلفظ (قبلت) أو (رضيت) خلاف المتعارف فلا تشمله الإطلاقات لانصرافها إلى المتعارف.

- وأن القبول فرع الإيجاب.

قال: « والتحقيق أن القبول... إن كان بلفظ (قبلت)، فالظاهر عدم جواز تقديمه وفاقا لما عرفت في صدر المسألة -من التصريح به في (الخلاف) و (الوسيلة) و (السرائر) و (التذكرة)- كما عن الإيضاح – و (جامع المقاصد)- بل المحكي عن (الميسية) و (المسالك) و (مجمع الفائدة) أنه لا خلاف في عدم جواز تقديم لفظ (قبلت)، وهو المحكي عن (نهاية الأحكام) و (كشف اللثام) في باب النكاح، وقد اعترف به غير واحد من متأخري المتأخرين أيضا، بل المحكي هناك عن ظاهر (التذكرة) الإجماع عليه.

ويدل عيه -مضافا إلى ما ذكر، وإلى كونه خلاف المتعارف من العقد- أن القبول الذي هو أحد ركني عقد المعاوضة فرع الإيجاب فلا يعقل تقدمه عليه ».

ويناقش:

- بأن الإجماع غير تام لوجود المخالف -كما رأينا-.

- وبأن الدليل العقلي لا يعني الفرعية الترتيبية،وإنما يعني الفرعية التكاملية- كما أوضحته سالفا.

نعم قد يوجه هذا التفصيل بالنسبة إلى استخدام عبارتي (قبلت)و(رضيت) بأن المفهوم اللغوي لكلمتي (قبل) و (رضي)، وكذلك المرتكز العرفي أن القبول -وهو يرادف الرضى، إذ الرضى هو القبول، والقبول هو الرضى- لا يأتي إلا إذا كان هناك عرض، فيأتي رضى بذلك العرض وقبولا له.

ويرجع هذا إلى أن القبول -وكذلك الرضى- هو ميل النفس إلى الشيء، فلابد من وجود شيء لتميل إليه النفس.

ونستطيع أن نقول أيضا: إن التحليل اللغوي لمفاد عبارتي (قبلت)و(رضيت) يثبت أن مفادهما إخباري لا إنشائي، لأنهما وسيلة لإظهار ذلك الميل النفسي إلى الشيء المعروض.

ذلك أن الموجب عندما يقول: (بعتك هذا الكتاب) -مثلا- أنه ينشئ البيع، وعندما يقول القابل: (قبلت البيع) أو (رضيت بالبيع) يخبر عن قبوله لذلك الإنشاء ورضاه به.

ولهذا لا يصح تقديم القبول إذا كان بلفظ (قبلت) أو (رضيت) لأن الإخبار لا يكون إلا عن شيء واقع، فلابد من سبق الإيجاب ليكون الإنشاء ثم يأتي الإخبار بقبول ذلك المنشأ.

وبعكسه ما لو قال القابل قبل الموجب: (اشتريت هذا الكتاب منك بدينار) ثم قال الموجب: (بعتك إياه)، فإن عبارة (اشتريت) هنا إنشاء، وكذلك عبارة (بعتك)، والعبارتان يتكاملان في إنشاء المعاملة.

فالفرق بين الحالتين: أن في مثل (بعت)و(اشتريت) بتقديم الأولى وتأخير الثانية، أو بالعكس تقديم الثانية وتأخير الأولى يتم إنشاء المعاملة بهما متكاملتين.

وأن في مثل (بعتك)و(قبلت) يتم إنشاء المعاملة بالأولى، وتأتي الثانية بعنوان الإخبار عن القبول بما أنشئ.

نعم، تحقق أثر المعاملة من التملك والتمليك أو النقل والانتقال لا يكون إلا بعد الإتيان بالقبول، لأنهما يتكاملان في ذلك -كما تقدمت الإشارة إليه.

التعبير بالفعل:

ويصطلح عليه في لغة الفقه بـ (المعاطاة) ، وقد يطلق عليه اسم (التعاطي) أيضا.

والمعاطاة -في اللغة الفقهية- مصدر الفعل (عاطى)، يقال: (عاطاه الشيء معاطاة وعطاء) إذا ناوله إياه، فالمعاطاة: المناولة.

والتعاطي-أيضا هو الآخر-مصدر، ولكن للفعل (تعاطى) يقال:(تعاطى الشيء تعاطيا)إذا تناوله.

فعاطى: ناول، وتعاطى: تناول.

وكلا الفعلين إذا وقعا معا، وكان كل واحد منهما من طرف، تقول: (عاطى زيد خالدا الكتاب) فـ (تعاطى خالد الكتاب)، فإنهما -هنا- يعنيان التبادل والمبادلة، ويعطيان مجتمعين المعنى الغالب للمفاعلة والتفاعل وهو المشاركة.

ولكن الفقهاء أعطوا كلا من (المعاطاة)و(التعاطي) وباستقلال كل واحد منهما عن الآخر معنى المشاركة.

فالمعاطاة كمصطلح فقهي تعني تبادل المناولة، أي أن الموجب يناول ماله المتفق على مبادلته في عقد المعاملة المالية إلى القابل، وهو -أعني القابل- ينلول الموجب المال المقابل لماله حسب الاتفاق.

وكذلك التعاطي فإنه أصبح فقهيا يعطي معنى التناول المتبادل بين الطرفين.

وهذا التبادل في الإعطاء هو المعنى الغالب في عالم المعاملات المالية، وقد يختلف في بعض المعاملات حيث يتحول إلى إعطاء وأخذ، كما في القرض، فإن الموجب يعطي المال، والقابل يأخذه، ولا يبادله في الوقت بمال نقدا، وإنما يستقر المال للموجب في ذمة القابل.

والمعاطاة بصفتها فعلا وحيث لا تقرن بالإيجاب والقبول القوليين هل تقوم بدور التعبير عن إيقاع ووقوع العقد بديلا عن الإيجاب والقبول اللفظيين؟ . المسألة موضع خلاف، يأتي عرضه.

ولكن بناءا على أن العقد يتم بالمعاطاة، فإنه يتحقق في إحدى حالتين:

- أن لا تشتمل المعاملة على اللفظ أصلا.

- أن تشتمل المعاملة على لفظ من أحد الطرفين وفعل من الطرف الآخر.

ومن هنا قال الزركشي في تعريفها: « المعاطاة: أن يوجد في أحد شقي العقد لفظ صدر من أحد المتعاقدين، ويشفعه الآخر بالفعل.

أو لا يوجد لفظ أصلا، ولكن يصدر الفعل بعد اتفاقهما على الثمن والمثمن».

نوعية العلاقة في المعاطاة:

وأعني بهذا العنوان: هل أن العلاقة المالية التي تتحقق في الواقع الاجتماعي - أي بين الناس- هي من نوع العقود المالية كالبيع والقرض، أو أنها معاملة مالية غير عقدية ؟.

للفقهاء رأيان في المسألة -ألمحت إليهما قبل هذا- ، وهما:

١- رأي يقول: إن المعاطاة معاملة عقدية، ذلك أن قوام العقد -عند أصحاب هذا الرأي- هو التراضي بين المتعاملين، سواء عبرا عنه بالألفاظ المبرزة له أو لم يعبرا مكتفين عن الألفاظ بتبادل العوضين عن طريق التناول.

وتنقسم المعاملة -عند أصحاب هذا الرأي- إلى:

- عقد قولي: وهو الذي يشتمل على الإيجاب والقبول اللفظيين.
- وعقد فعلي: وهو المعاطاة.

ويختلف أصحاب هذا الرأي في الآثار الشرعية التي تترتب على كل قسم من قسمي هذه المعاملة العقدية -ويأتي هذا قريبا-.

وأقدم من ذهب إلى هذا الرأي الشيخ المفيد المتوفى سنة ٤١٣ هـ قال في رسالته (المقنعة) -وهو في معرض بيان أحكام البيع- : « والبيع ينعقد على

تراض بين الاثنين في ما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعا وتراضيا بالبيع وافترقـا بالأبدان ».

٢- ورأي يقول إن المعاطاة معاملة غير عقدية، لأن قوام العقد -عند القائلين بهذا الرأي- هو الإيجاب والقبول اللفظيان.

وكذلك اختلف أصحاب هذا الرأي في الآثار الشرعية التي تترتب على هكذا معاملة -يأتي هذا قريبا-.

وأقدم من ذهب إلى هذا الرأي أبو الصلاح الحلبي المتوفى سنة ٤٤٧هـ قال في كتابه (الكافي)-وهو في صدد بيان شروط البيع- « وتفتقر صحته (يعني البيع) إلى شروط ثمانية:

......

- وقول يقتضي إيجابا من البائع وقبولا من المبتاع ».

ثم قال: « واشترطنا الإيجاب والقبول لخروجه من دونهما عن حكم البيع ».

ونخلص من هذا إلى أن هناك اتفاقا في أن المعاطاة معاملة، واختلافا في أنها عقدية أو غير عقدية.

وكذلك نخلص إلى أنهم مجمعون على أن المعاملة العقدية معاملة مشروعة ومتى استوفت شرائطها تقع صحيحة وتترتب عليها آثارها الشرعية من التملك والتمليك والنقل والانتقال وسواهما .. ومختلفون في واقع المعاملة غير العقدية بين الصحة والبطلان.

وخلاصة الخلاصة: عندنا إجماع على أن المعاملة مع التعبير القولي هي عقد، وبدونه مختلف في عقديتها.

وعلى هذا أقام الشيخ النراقي في (المستند ٢/٣٦٠) –عند بيانه لما يتحقق به البيع– الاختلاف في المسألة قال: « اعلم أن الشارع رتب أحكاما على البيع، وليس هنا نص أو إجماع دال على أن البيع أو ما يتحقق به البيع ما هو؟.

وحينئذ :

فإما أن يقال: إنه ليس له معنى لغوي أو عرفي معلوم لنا، مع قطع النظر عن الشرع، فيلزم حينئذ علينا الاقتصار في ترتب الأحكام بما انعقد الإجماع على تحقق البيع به.

أو يقال: إن له معنى كذلك معلوما لنا، وحينئذ، فإما (أن يكون قد) ثبت شرعا بإجماع أو غيره شرط لتحقق البيع أو لا.

– فإن ثبت فيقتصر في تحقق البيع شرعا بما هو واجد للشرط.

– وإن لم يثبت فيحكم بالترتب[1] في جميع ما يتحقق به البيع عرفا أو لغة.

ومن ذلك –ومما سيأتي– حصلت الاختلافات في عقد البيع:

• فمن ظن عدم ظهور معنى لغوي أو عرفي يضطر إلى الاقتصار على موضوع الإجماع.

وهذا محط قول جماعة بتخصيص البيع شرعا بما كان مع الصيغة المخصوصة الجامعة لجميع الشرائط المختلف فيها.

• ومن ظن ظهوره، ولكن زعم الإجماع على اشتراط الصيغة في تحقق البيع لزمه القول به، ولكن يقتصر في الشرط بما هو محل الإجماع، يعني ما ثبت الإجماع –بزعمه– على اشتراطه.

وهذا مناط قول جمع ممن يقول باشتراط الصيغة في تحقق البيع، ولكن يوسع فيها.

---

[1] يعني ترتب أحكام وآثار البيع.

• ومن لم يظهر ذلك الإجماع له، ولم يعثر على دليل آخر أيضا على الاشتراط يوسع في تحقق البيع بما يتحقق به لغة أو عرفا.

وإلى هذا ينظر من اكتفى بمطلق اللفظ أو بالمعاطاة أيضا».

وفي ضوئه:

إن نقطة الخلاف في المسألة: في المرجع الذي يرجع إليه في تحديد مفهوم البيع، هل هو الشرع، أو هو العرف ؟.

والمنهج يقتضينا أولا البحث عن التحديد العرفي، فإن كان فهو المرجع، وإن لم يكن، يرجع إلى الشرع إن كان هناك نص، وإن لم يكن، فليس أمامنا إلا التمسك بالإجماع.

ومتى تم أن المرجع هو العرف، ينظر إلى فهمه لموضوع المعاملة المعينة هل هو شامل للمعاطاة ؟.

وذلك لأنه متى عم الفهم العرفي المعاطاة صح التمسك بعمومات وإطلاقات البيع والتجارة والعقود في مسألتنا، لأن التمسك بالإطلاق يأتي بعد أن نحرز صدق المفهوم على فاقد القيد المحتمل دخله في موضوع الحكم، وهو الصيغة هنا.

وقد استدل لذلك بـ :

١- سيرة العقلاء:

وممن استدل بها السيد الخميني في كتابه (البيع)، قال في ١/٥٤-٥٥:

« تدل على صحتها (يعني المعاطاة) السيرة العقلائية المستمرة من لدن تحقق التمدن والاحتياج إلى المبادلات إلى زماننا. بل الظاهر أن البيع معاطاة أقدم زمانا وأوسع نطاقا من البيع بالصيغة.

فلا ينبغي الشبهة في أن البشر في أول تمدنه واحتياجه إلى التبادلات كان يبادل الأجناس بالأجناس من غير إنشاء المعاملات باللفظ أو الالتزام بإيقاعها به.

وكان الأمر كذلك في جميع الأعصار، سواء كانت المعاملة بين الأجناس، أو بينها وبين الأثمان في زمان تعارفها ورواجها، وكانت الأسواق من كـــل ملــة جارية على المعاطاة، وقلما يتفق الإنشاء اللفظي في إيقاع نفس المعاملة وإن كـان التقاول قبل إيقاعها متعارفا، وقد كانت متعارفة في عصر النبوة وبعده بلا شبهة، فلو كانت غير صحيحة لدى الشارع أو غير مفيدة للملكية مع بنـــاء العقـــلاء عليها ومعاملة الملكية مع المأخوذ بها مطلقا لكان عليهم البيان القـــابل للـــردع، ومعه كان اشتهاره كالشمس في رابـــــعة النهـــــار، لأن ردعـــها موجـــب لتغيـــيـــر أسواق المسلمين في المعاملات، كما هو واضح ».

٢- سيرة المتشرعة:

وقال أيضا في المصدر نفسه: « أضف إلى ذلك سيرة المتشرعة من العلمـــــاء والصلحاء وغيرهم، ولم يعهد منهم إجراء الصيغة لدى شـــراء الخـــبز واللحـــم وغيرهما، ولا يكون بناؤهم على صرف الإباحة، بل بناؤهم على الملكية، فلو قيل للمتدين المبالي بالديانة: (إن ما اشتريت من السوق ليس مالك بل بقي على ملك السوقي) لتعجب منه، ولرمى القائل بالانحراف والجزاف.

فدعوى عدم مبالاتهم ليست في محلها، بل الظاهر بناء العقلاء بل المتشـــرعة على اللزوم أيضا.

وبالجملة لا فرق لديهم بين إنشاء البيع بالصيغة وبين المعاطاة في شيء مــــن الآثار صحة ولزوما».

وفي هدي هاتين السيرتين الثابتتين بالاستقراء الوجداني نؤمن -نتيجة هـذا- بأن للبيع -الذي هو محط التمثيل- مفهوما عرفيا يتمثل في التعاقد القولي والتعاقد الفعلي، وهو في الفعلي أكثر بكثير منه في القولي.

ولتمامية ثبوت الفهم وشموله للمعاطاة يأتي دور العمومات والإطلاقات مثل: {**أحل الله البيع**} و{**لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**} و {**أوفوا بالعقود**}، للتمسك بها عند الشك في وجوب اشتراط الصيغة وعدمه، فيقال بعدم الوجوب فتصح المعاطاة.

وفي وضوح صدق المفهوم العرفي المشار إليه يقول الشيخ النراقي: « إن من البديهيات التي لا شك فيها أن لفظي البيع والشراء مما يستعمله عامة الناس من أهل الأسواق والبوادي والخارجين عن شريعتنا بل عن مطلق الشريعة استعمالا خارجا عن حد الإحصاء وليسوا شاكين في معناه ولا مترددين ولا محتاجين في فهمه إلى القرينة، فهذا يقول (بعت) و (اشتريت) وذاك (أبيع) و (أشتري) وثالث (هل تبيع) و (هل تشتري) إلى غير ذلك، ويفهم المخاطب مراده من غير قرينة أصلا ولو لم يعلم القدر المجمع عليه شرعا و لم يفهم إجماعا أو شرعا و لم يقرع سمعه صيغة فيقطع بذلك أن ما يتحقق به البيع عرفا أمر مضبوط معلوم عند أهل العرف مع قطع النظر عن الشرع، وهو ما يدل عرفا على نقل المالك ملكه به إلى آخر بعوض بصدق المبايعة، إذ عند حصول ذلك يستعمل لفظ البيع عندهم ويتبادر عنه حصوله، ولا يجوزون سلب الاسم معه، سواء كان ذلك بقبض كل من العوضين وهو المسمى بالمعاطاة، أو بقبض أحدهما مع ضمان الآخر، أو بألفاظ دالة على ذلك ».

وناقش أستاذنا السيد الخوئي في صحة التمسك بسيرة المتشرعة لإثبات المدعى، قال: « الظاهر عدم إمكان التمسك بسيرة المتشرعة في المقام، وذلك لعدم إمكان إثبات اتصالها -بما هي سيرة متشرعة وكاشفة عن رضا الشارع- إلى زمان المعصوم (ع)، كيف ومراجع التقليد من القدماء قبل المحقق الثاني كانوا يفتون صريحا بعدم إفادتها الملك، وهل يمكن مع ذلك أن تكون سيرة المتشرعة في

تلك الأعصار صحيحة ناشئة عن منشأ صحيح، وهل يشك -على فرض ثبوتها- في كونها ناشئة من عدم المبالاة.

ولا تقاس هذه بالسير التي لم تكن مخالفة لفتاوى مراجع التقليد في زمان ما.

ويشهد لما ذكرناه عدم ثبوت السيرة من المتشرعة على إفادتها الملك في الأموال الخطيرة.

فما ينبغي أن يتمسك به من السيرة إنما هي سيرة العقلاء بما هم عقلاء، فإنها كانت ثابتة قبل الشرع والشريعة حتى في الأمور الخطيرة.

ويكفي في إمضائها عدم ثبوت الردع عنها ولم يثبت ».

ومنهجيا نقول: لابد أولا من إثبات الفهم العرفي، ثم التمسك بالعمومات والإطلاقات لإثبات أن المعاطاة معاملة عقدية.

وتقدم شيء من هذا، وستتبينه بشكل أجلى عند استعراضنا لدليل النافين وما لوحظ عليه.

وخلاصة ما استدل به النافون:

١- الإجماع:

استدل به السيد ابن زهرة في (الغنية) -عند حديثه عن شروط البيع- قال: « واعتبرنا حصول الإيجاب من البائع والقبول من المشتري تحرزا عن... واحترازا أيضا عن القول بانعقاده بالمعاطاة نحو أن يدفع إلى البقلي قطعة ويقول أعطني بقلا فيعطيه، فإن ذلك ليس ببيع، وإنما هو إباحة للتصرف.

يدل على ما قلناه الإجماع.

وأيضا فما اعتبرناه (يعني الصيغة) مجمع على صحة العقد به، وليس على صحته (يعني البيع) بما عداه (أي بما عدا الصيغة) دليل ».

٢- نهي النبي (ص) عن البيع غير المشتمل على إيجاب وقبول لفظيين.

وأيضا هو مما استدل به السيد ابن زهرة قال: «ولما ذكرناه (من اعتبار الإيجاب والقبول اللفظيين) نهى (ص) عن بيع الملامسة والمنابذة [1].

وعن بيع الحصاة على التأويل الآخر، ومعنى ذلك أن يجعل اللمس للشيء أو النبذ له أو إلقاء الحصاة بيعا موجبا ».

٣- النهي عن أكل المال بالباطل:

استدل به العلامة الحلي في كتابه (نهاية الأحكام) -٢/٤٤٨- قال: « ولابد من الصيغة الدالة على الإيجاب والقبول للنهي عن الأكل بالباطل » يشير بذلك إلى الآية الكريمة: **{لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم}.**

٤- أن الرضى الحاصل عند المتعاملين حالة نفسية، ولا تعرف إلا عن طريق ما يظهرها من الإيجاب والقبول اللفظيين.

أيضا استدل به العلامة الحلي وفي كتابه (النهاية)، قال -تتمة لما تقدم-: « بل المأمور به التجارة عن التراضي، والرضا من الأمور الباطنة التي يعسر الوقوف عليها، فناط الشارع الحكم باللفظ الظاهر توصلا إلى علم الباطن، غالبا، و لم يعتد بالنادر ».

٥- الأصل :

ويريدون به أصالة بقاء الملك على مالكه عند الشك في انتقاله من خلال المعاملة المعاطاتية.

---

[1] الملامسة والمنابذة من بيوع الجاهلية، الملامسة: أن يلمس كل واحد من المتبايعين ثوب الآخر، والمنابذة : أن

ينبذ كل واحد ثوبه إلى الآخر.

استدل به العلامة الحلي في كتابه (المختلف) قال: « لابد في عقد البيع من الإيجاب والقبول، ولا يكفي المعاطاة في العقد.

ذهب إليه أكثر علمائنا.

وللمفيد قول يوهم الجواز فإنه قال: (والبيع ينعقد على تراض بين الاثنين في ما يملكان التبايع له إذا عرفاه جميعا وتراضيا بالبيع وتقابضا وافترقا بالأبدان)،وليس في هذا تصريح بصحته إلا أنه موهم.

لنا: الأصل بقاء الملك على مالكه وعدم الانتقال عنه إلا بسبب يثبت اعتباره شرعا، فلم يثبت في المراضاة ».

٦- **الرواية** التي تقول: « قلت لأبي عبد الله (ع): الرجل يجيئني ويقول: (اشتر لي هذا الثوب وأربحك كذا وكذا)، فقال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك ؟، قلت بلى، قال: لا بأس، إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام ».

بتقريب أن قوله (ع): (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام) حصر للبيع في البيع اللفظي إذ المراد من (الكلام) في هذا السياق (الإيجاب والقبول) اللفظيان.

استدل به غير واحد.

المناقشة :

- و يناقش الإجماع بأنه غير تام لوجود المخالف في المسألة كالشيخ المفيد .

و قول المفيد واضح الدلالة على المفاد ، و ما قاله العلامة الحلي من أنه غير صريح بالصحة ، إلا أنه موهم للجواز ، غير وارد ، و بخاصة مع قرينة قول المفيد : (و تراضيا بالبيع و تقابضا و افترقا بالأبدان) ، فإن عبارته هذه إن لم تكن صريحة بالمقصود ، فلا أقل من أنها ظاهرة فيه ، و ظهورها واضح .

- وحمل المعاطاة في النهي عنها على بيع الملامسة وبيع المنابذة ، وهما من بيوع الجاهلية لما رواه أبو هريرة: (أن رسول الله نهى عن بيع الملامسة والمنابذة)

، وأبو سعيد الخدري: (أن رسول الله نهى عن بيعتين ولبستين، نهى عن الملامسة والمنابذة في البيع) ، قياس، وقياس مع الفارق لأن بيعي الملامسة والمنابذة من البيوع التي اختصت بها العرب في الجاهلية، بينما المعاطاة ظاهرة من ظواهر المعاملات المالية العامة في مختلف المجتمعات البشرية، وعلى مختلف المديات التاريخية.

ولو كانت المعاطاة كالملامسة والمنابذة لورد ذكرها في البيوع المنهي عنها، ولنقل لنا هذا كما نقل النهي عن أمثال بيع الحصاة وبيع المنابذة وبيع الملامسة وإلخ .

- والتمسك بعموم: **{لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل}** يتطلب أن نثبت أولا أن المعاملة بالمعاطاة من الباطل لتكون أحد مصاديق الباطل المنهي عنه بالآية لأن القاعدة لا تثبت مصاديقها، وإنما تشملها بالحكم بعد ثبوت مصداقيتها من دليل آخر.

- وحالة الرضى النفسية كما يمكننا إبرازها والدلالة عليها بالقول، كذلك يمكننا إبرازها والدلالة عليها بالفعل وهو المعاطاة.

- أما التمسك بأصالة بقاء الملك على مالكه يتأتى إذا لم يتم إثبات أن المعاطاة معاملة مالية وظيفتها نقل الملكية، والمفروض أن الدليل وهو السيرة العقلائية حيث يرتب الناس أثر النقل والانتقال، والتملك والتمليك عن طريقها يثبت ذلك، وهي - أعني السيرة - بإمضائها بعدم الردع عنها يثبت اعتبار المعاطاة شرعا.

- والرواية -مضافا إلى وهنها سندا- ليس فيها دلالة على وجوب استعمال الصيغة في العقد، لأنها في ما يظهر من السياق وملابسات القضية التي وردت

فيها أنها تشير إلى أن الألفاظ التي ستستخدم في القضية هي التي تحلل أو تحـــرم، فليس فيها نظر إلى لزوم استعمال الألفاظ في كل معاملة.

ونخلص مما تقدم إلى أن المعاطاة معاملة عقدية.

وهل يختلف العقد الفعلي (المعاطاة) عن العقد القولي (الصيغة) في ترتيـــب الآثار الشرعية عليه.

هذا ما سنبحثه في ما يليه من موضوع، وهو:

آثار العقد :

من المفيد أن أعطي موجزا لآثار العقد ثم أتناول المســـألة وفـــق تطورهـــا التاريخي لأنه يساعد كثيرا في إلقاء الضوء على فهم الأقوال في المسألة.

ولنسر معها في موضوع البيع لأنه المجال الذي بحثوها فيـــه بشـــكل أوفى، فنقول:

١- اتفقوا على إفادة العقد القولي التملك وعلى نحو اللزوم، وعبروا عـــن هذا بـــ(إفادة الملك).

٢- واختلفوا في التعامل الفعلي (المعاطاة) على قولين، هما:

أ- بطلانه وعدم اعتباره معاملة أصلا.

ب- صحته واعتباره معاملة.

٣- واختلف هؤلاء القائلون بالصحة في ما يفيده من أثر، وعلى قولين أيضا هما:

أ- إفادته إباحة التصرف فقط.

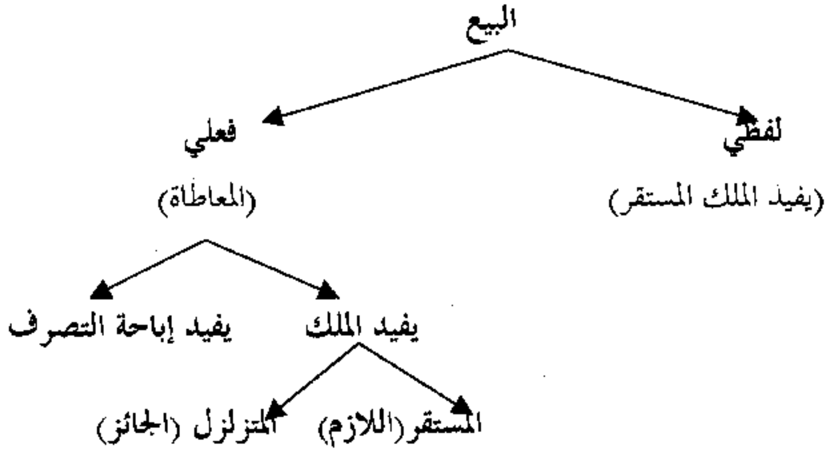
ب- إفادته الملك.

واختلفوا في نوعية الملك على قولين:

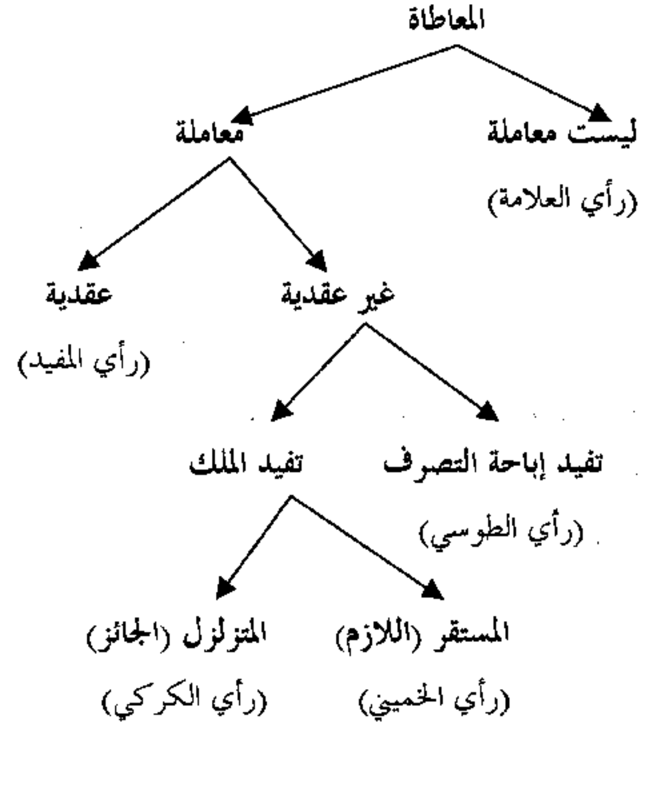
أ- إفادته الملك المستقر (اللازم).

ب- إفادته الملك المتزلزل (الجائز).

الخلاصة :



وبجدولة أخرى أوضح هي:



وبعد أن أخذنا فكرة موجزة عن الآراء في المسألة لنسر في محاولة معرفتنا لهـا وفق تطوراتها.

١- رأي الشيخ المفيد (ت ٤١٣ هـ) :

وقد تقدم أن المستفاد من عبارة الشيخ المفيد في (المقنعة) هو ذهابـه إلى أن المعاطاة معاملة عقدية لا تختلف في ترتيب الآثار الشـرعية عليـها كـالتملك والتمليك والنقل والانتقال عن المعاملة العقدية القولية.

٢- رأي أبي الصلاح الحلبي (ت ٤٤٧ هـ) :

وتقدم -أيضا- أن المستفاد من عبارته في (الكافي) أن المعاطاة معاملة غـير عقدية.

٣- رأي الشيخ الطوسي (ت ٤٦٠ هـ) :

ذكره في كتابه الاستدلالي (المبسوط ٨٧/٢) ، وفي كتابه الخلافي (الخلاف) ، وخلاصته: أن المعاطاة ليست معاملة عقدية، وأن أقصى ما تفيده هو إباحـة التصرف.

واستدل لذلك بصحة رجوع كل واحد من المتعاملين في ما أعطاه.

قال في (المبسوط): « فأما البيع فإن تقدم الإيجاب فقـال (بعتـك) فقـال (قبلت) صح، بلا خلاف.

وإن تقدم القبول فقال (بعنيه بألف) فقال (بعتك) صح.

والأقوى عندي: أنه لا يصح حتى يقول المشتري بعد ذلك (اشتريت).

فإذا ثبت هذا، فكل ما يجري بين الناس إنما هو استباحات وتـراض دون أن يكون ذلك بيعا منعقدا، مثل أن يعطي للخباز درهما فيعطيه الخـبز، أو قطعـة للبقلي فيناوله البقل، وما أشبه ذلك.

ولو أن كل واحد منهما رجع في ما أعطاه كان له ذلك، لأنه ليس بعقـــد صحيح هو بيع)).

وقال في (الخلاف): ((إذا دفع قطعة إلى البقلي أو الشارب (أي السـقاء) فقال: أعطني بها بقلة، أو ماء، فأعطاه، فإنه لا يكون بيعا.

وكذلك سائر المحقرات، وإنما يكون إباحة له، فيتصرف كل منهما في مـا أخذه تصرفا مباحا من دون أن يكون ملكه.

وفائدة ذلك أن البقلي إذا أراد أن يسترجع البقل، أو أراد صاحب القطعـة أن يسترجع قطعته كان لهما ذلك لأن الملك لم يحصل لهما.

وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: يكون بيعا صحيحا، وإن لم يحصل الإيجاب والقبول.

وقال: ذلك في المحقرات دون غيرها.

دليلنا: أن العقد حكم شرعي، ولا دلالة في الشرع على وجوده هنا، فيجب أن لا يثبت.

وأما الإباحة بذلك فهو مجمع عليه، لا يختلف العلماء فيه))[1].

وذهب مذهب الطوسي من جاء بعده حتى أن حصل تطور آخر في المسـألة على يد المحقق الكركي، أي أن رأي الطوسي استمر من القرن الخامس الهجـري حتى القرن العاشر الهجري.

وشاهد هذا النصوص التي وقعنا عليها في المتون الفقهية خلال هذه المـدة، وهي:

---

[1] المكاسب ٦/٧٤-٧٥

- ابن البراج (ت ٤٨١هـ) في كتابه (جواهر الفقه) : « مسألة: إذا دفع قطعة إلى بقلي أو سقاء، وقال له: أعطني ماء أو بقلا فأعطاه، هل يكون ذلك بيعا في الحقيقة أم لا ؟

الجواب: هذا ليس ببيع في الحقيقة، لأنه ليس فيه إيجاب وقبول، وإنما هو إباحة.

ولأن العقد حكم شرعي ولا دليل يدل على ثبوت العقد هاهنا، وعلى من يدعي ذلك الدليل».

- ابن البراج أيضا في (المهذب): « عقد البيع لا يصح إلا بشروط هي ... والقول المقتضي للإيجاب من البائع والقبول من المبتاع ...

فإن باع من غيره شيئا و لم يجر بينهما من القول ما يقتضي الإيجاب والقبول، مثل أن يقول البائع للمشتري: (قد بعتك هذا) ويقول المشتري: (قد اشتريت) أو (قد قبلت ذلك) أو (أوجبت على نفسي) .. أو يقول المشتري: (بعتني هذا) فيقول البائع: (قد بعتك إياه) لم يصح البيع وكان فاسدا».

- السيد ابن زهرة (ت ٥٨٥هـ) في كتابه (الغنية) قال:

« وأما شروطه (يعني البيع) فعلى ضربين:

أحدهما: شرائط انعقاده.

والثاني: شرائط لزومه.

فالضرب الأول: ... وأن يحصل الإيجاب من البائع والقبول من المشتري.

واعتبرنا حصول الإيجاب من البائع والقبول من المشتري تحرزا من القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري والإيجاب من البائع، وهو أن يقول: (بعنيه بألف) ، فيقول: (بعتك) ، فإنه لا يعقد بذلك، بل لابد أن يقول المشتري بعد ذلك: (اشتريت) أو (قبلت) حتى ينعقد ... واحترازا أيضا عن القول بانعقاده

بالمعاطاة، نحو أن يدفع إلى البقلي قطعة ويقول: (أعطني بقلاً) فيعطيه، فإن ذلك ليس ببيع، وإنما هو إباحة للتصرف ».

– الصهرشتي (من فقهاء القرن السادس) في كتاب (الإصباح): « وأما شروطه (يعني البيع) فضربان:

أحدهما: شرائط صحة انعقاده.

والثاني: شرائط لزومه.

فالأول ... وأن يحصل الإيجاب من البائع والقبول من المشتري.

واعتبرنا الإيجاب والقبول تحرزا من القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتري والإيجاب من البائع من غير قبول، وبالمعاطاة أيضا ».

– ابن إدريس (ت ٥٩٨ هـ) في كتابه (السرائر) : قال: « فبيع الخيار على ثلاثة أضرب:

أحدهما: أن يعقد العقد بالإيجاب والقبول، ويكون الإيجاب متقدما على القبول، فإن كان القبول متقدما على الإيجاب فالبيع غير صحيح ....

إذا دفع قطعة إلى البقلي أو إلى الشارب (أي السقاء) فقال:

أعطني بقلا أو ماء، فإنه لا يكون بيعا أو عقدا، لأن الإيجاب والقبول ما حصلا، وكذلك سائر المحقرات، وسائر الأشياء محقرا كان أو غير محقر من الثياب والحيوان أو غير ذلك، وإنما يكون إباحة فيتصرف كل واحد منهما في ما أخذه تصرفا مباحا من غير أن يكون ملكه أو دخل في ملكه، ولكل واحد منهما أن يرجع في ما بذله، لأن الملك لم يحصل لهما بشرط إن بقيا، فإن لم يبق أحدهما بحاله كما كان أولا فلا خيار لأحدهما.

وليس هذا من العقود الفاسدة لأنه لو كان عقدا فاسدا لم يصح التصرف في ما صار إلى كل واحد منهما، وإنما ذلك على جهة الإباحة ».

وبعد ابن إدريس، يقول العلامة الحلي في غير واحد من كتبه بفساد التعامل بالمعاطاة، فهي ليست معاملة، لا عقدية ولا غير عقدية، ولازم هذا عدم صحة ترتيب أي أثر عليها حتى إباحة التصرف.

قال في (القواعد) : « ولابد من الصيغة الدالة على الرضا الباطن .. ولا يكفي المعاطاة وإن كان في المحقرات ».

وقال في (الإرشاد) : « العقد: وهو الإيجاب كبعت والقبول كاشتريت، ولا ينعقد بدونه، وإن حصلت أمارة الرضى في الجليل والحقير ».

وقال في (النهاية) : « ولابد من الصيغة الدالة على الإيجاب والقبول للنهي عن الأكل بالباطل، بل المأمور به التجارة عن تراض، والرضى من الأمور الباطنة التي يعسر الوقوف عليها، فناط الشارع الحكم باللفظ الظاهر توصلا إلى علم الباطن غالبا ولم يعتد بالنادر ».

واستظهره الشهيد الثاني في (المسالك) من عبارة (النهاية) المذكورة، قال: « ومن ثم ذهب العلامة في (النهاية) إلى كونها (يعني المعاطاة) بيعا فاسدا، وأنه لا يجوز لأحدهما (يعني المتعاملين) التصرف في ما صار إليه أصلا ».

- وبعد العلامة الحلي يعود الشهيد الأول (ت ٧٨٦هـ) في كتابه (اللمعة) إلى رأي الشيخ الطوسي، قال: « في عقد البيع وآدابه: وهو الإيجاب والقبول الدالان على نقل الملك بعوض معلوم.

فلا تكفي المعاطاة، نعم يباح التصرف، ويجوز الرجوع مع بقاء العين ».

وقال في (القواعد والفوائد) : « وأما المعاطاة في المبايعات فهي تفيد الإباحة لا الملك، وإن كان في الحقير، عندنا » [1].

- المحقق الكركي (ت ٩٤٠هـ) :

---

[1] المكاسب : ٦/٨٧

طور في الرأي السابق الذي يدل على إفادة المعاطاة الأذن في التصرف فقط، طوره إلى إفادتها البيع الجائز والملك المتزلزل، وذلك من خلال نظرة ألقاها على آراء من تقدم من الفقهاء -المذكورين في أعلاه- بغية تصحيح أو توجيه ما ذهبوا إليه من صحة المعاطاة وإفادتها إباحة التصرف، وإفادة الملك عند ذهاب أحد المالين المتبادلين بالتلف أو الإتلاف.

وحصيلة ما أفاده هو: أن الإباحة على نوعين:

١- الإباحة التي هي محض الإذن بالتصرف مع بقاء كل مالك من الطرفين على ملكه.

٢- الإباحة التي هي التصرف المسبب عن التمليك والتملك، أو قل هو التصرف الذي يباح للمالك في ملكه.

فإن كان المراد من الإباحة الإذن للتصرف في مال الغير فلازمه أن لا تكون العين أو المال عند التلف مملوكة لغير مالكها الأصلي.

وإن كان المراد من الإباحة التصرف في الملك فلازمه أن تكون المعاطاة بيعا جائزا، يلزم عند تلف أحد العينين.

ولأجل رفع هذا الإشكال الذي أورده حاول توجيه كلامهم بأن المراد من الإباحة المعنى الثاني التي يلزمها قولهم بالملك وإن لم يصرحوا به.

قال في (جامع المقاصد ٥٨/٤) : « وما يوجد في عبارة جمع من متأخري الأصحاب: من أنها (يعني المعاطاة) تفيد الإباحة، ويلزم بذهاب إحدى العينين، يريدون به عدم اللزوم في أول الأمر، وبالذهاب يتحقق اللزوم، لامتناع إرادة الإباحة المجردة عن أصل الملك، إذ المقصود للمتعاطيين إنما هو الملك، فإذا لم يحصل كانت فاسدة، و لم يجز التصرف في العين.

وكافة الأصحاب على خلافه (يعني خلاف أن المعاطاة فاسدة).

وأيضا فإن الإباحة المحضة لا تقتضي الملك أصلا ورأسا، فكيف يتحقق ملك مال شخص بذهاب مال آخر في يده ؟.

والأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة كالأقوال، وإنما تدل بالقرائن منعوا من لزوم العقد بها فيجوز التراد ما دام ممكنا، ومع تلف إحدى العينين يمتنع التراد، فيتحقق اللزوم، لأن إحداهما في مقابل الأخرى، ويكفي تلف بعض إحدى العينين لامتناع التراد في الباقي، إذ هو موجب لتبعيض الصفقة، وللضرر، ولأن المطلوب هو كون إحداهما في مقابل الأخرى ».

وعلق الشيخ الأنصاري في (المكاسب) -٧٢/٢- على كلام الكركي المذكور في توجيه كلام الأصحاب بإرادتهم من الإباحة: الإباحة المسببة عن إفادة المعاطاة الملك المتزلزل، قال: « والإنصاف أن ما ارتكبه المحقق الثاني في توجيه الإباحة بالملك المتزلزل بعيد في الغاية عن مساق كلمات الأصحاب مثل الشيخ في (المبسوط) و (الخلاف) والحلي في (السرائر) وابن زهرة في (الغنية) والحلبي في (الكافي) والعلامة في (التذكرة) وغيرها.

بل كلمات بعضهم صريحة في عدم الملك ».

والذي يستفاد من كلام المحقق الكركي هو ذهابه إلى أن المعاطاة بيع جائز، يفيد الملك أيضا، والفارق بينه وبين البيع اللفظي أن الأخير بيع لازم يفيد الملك المستقر أو اللازم.

كما يستفاد من تأثر جمع ممن تأخر عنه بتوجيهه المذكور: أنه أحدث تطورا في بحث المسألة، ودعوة إلى تعميق النظرة في دراساتها السابقة، أديا إلى تحول في النتائج.

ونلمس هذا بوضوح مما قاله الشيخ الأنصاري في (المكاسب ١٠٥/٢) : « وذهب جماعة تبعا للمحقق الثاني إلى حصول الملك.

ولا يخلو عن قوة، للسيرة المستمرة على المعاملة المأخوذة بالمعاطاة معاملـــة الملك في التصرف فيه بالعتق والبيع والوطء والإيصاء وتوريثه، وغير ذلك مـــن آثار الملك.

ويدل عليه أيضا عموم قوله تعالى: {أحل الله البيع} حيث يدل على حليـــة جميع التصرفات المترتبة على البيع إلخ ».

ومنذ أن أثار الشيخ الأنصاري البحث في رأي المحقق الثاني مـــن خـــلال دراسته للمسألة في مبحث البيع من كتابه (المكاسب) ومما كتب مـــن حـــواش وتعليقات اتجه الرأي عند المتأخرين عن الشيخ الأنصاري وجهة مذهب المحقـــق الثاني حتى أصبح هو الرأي المشهور، وإن كنا لا نعدم من أخذ بـــرأي الشـــيخ المفيد من معاصري الشيخ الأنصاري، أمثال الشيخ الستري في كتابه (المعتمـــد) الذي قال فيه: « الظاهر أنه يكفي في تحقق البيع ولزومه كل ما يدل على الرضى من المتعاقدين إذا عرفاه وتقابضا، وفاقا للشيخ المفيد وفاضل المفاتيح، ونقلـــه في (المسالك) عن بعض معاصريه لإطلاق الكتاب والســـنة وعمـــل المســـلمين في أسواقهم من غير نكير، والظاهر أن عملهم ذلك في زمن النبي (ص) وعلـــي (ع) في المدينة والكوفة، وهما يعلمان ذلك فيكون بمنزلة إقرارهم عليه ».

ومن المفيد أن أنقل هنا بعض فتاوى من تأثر برأي الكركي:

- السيد الإصفهاني (ت ١٣٦٥هـ) في (وسيلة النجاة) :

« مسألة ٦: الأقوى وقوع البيع بالمعاطاة سواء كـــان في الحقير أو الخطـير. وهي: عبارة عن تسليم العين بقصد كونها ملكا للغير بالعوض، وتســـليم عـــين أخرى من آخر بعنوان العوضية.

والظاهر تحققها بمجرد تسليم المبيع بقصد التمليك بـــالعوض مـــع قصـــد المشتري في أخذه التملك بالعوض، فيجوز جعل الثمن كليا في ذمة المشتري.

وفي تحققها بتسليم العوض فقط من المشتري إشكال.

مسألة ٧: الأقوى أنه يعتبر في المعاطاة جميع ما اعتبر في البيع العقدي ما عدا الصيغة من الشروط.

مسألة ٨: وأما المعاطاة فالأقوى أنها مفيدة للملك لكنها جائزة من الطرفين، ولا تلزم إلا بتلف أحد العوضين، أو التصرف المغير أو الناقل للعين.

ولو مات أحدهما لم يكن لوارثه الرجوع، ولكن لو جن فالظاهر قيام وليه مقامه في الرجوع».

– وذهب هذا المذهب كل من السيد ميرزا عبد الهادي الشيرازي في (وسيلة النجاة) والسيد محسن الحكيم في (منهاج الصالحين) والسيد محمود الشاهرودي في (ذخيرة المؤمنين) والسيد محمد البغدادي في (خير الزاد) والشيخ مرتضى آل ياسين في (بلغة الراغبين) وغيرهم.

– وفي هذه الفترة المعاصرة نلمس تطورا آخر يلتقي وما يستظهر من عبارة الشيخ المفيد وهي أن المعاطاة كالبيع اللفظي في إفادتها اللزوم، فقد قرب هذا أستاذنا الشهيد الصدر في تعليقته على (منهاج الصالحين) قال في التعليقة ٥٠ على قول الحكيم (أما المعاطاتي فهو وإن كان مفيدا للملك إلا أنه جائز من الطرفين) قال معلقا: « بل الأقرب لزومه ».

وقواه السيد الخميني قال في (تحرير الوسيلة ٤٦٥/١) :

« مسألة ٦: الأقوى وقوع البيع بالمعاطاة ....

مسألة ٧: يعتبر في المعاطاة جميع ما يعتبر في البيع.

مسألة ٨: والأقوى أن المعاطاة –أيضا– لازمة من الطرفين ».

وقال به أيضا أستاذنا الشيخ زين الدين ففي كتابه (كلمة التقوى ٣٩/٤) :

« المسألة ٦٨ : الأقوى أن بيع المعاطاة كالبيع العقدي لازم من الطرفين » .

- وفي هذه الفترة المعاصرة أيضا لم نعدم من يقول -كما قد يستظهر من عبارته- بمقالة العلامة الحلي، ففي (وجيزة الأحكام) للشيخ كاشف الغطاء ص ٦٦: « ولا يترتب عليه (يعني البيع) أثره وهو الانتقال والتمليك شرعا إلا بشروط في أركانه وهي ثلاثة: الصيغة والثمن والمثمن ».

هذه محصلة ما وقفت عيه من آراء في المسألة في ما لدي من كتب ورسائل.

وإذا حاولنا أن نربط المسألة بواقعها الاجتماعي، وهي ظاهرة اجتماعية عامة وقديمة قدم المجتمعات البشرية توارثتها مجتمعا بعد آخر، وحاولنا معرفة واقعها من خلال الدراسة الميدانية لرأينا أن الناس مسلمين وغير مسلمين يتعاملون مع المعاطاة بترتيب جميع الآثار الشرعية أو القانونية أو العرفية التي ترتب على المعاملة المالية المشروعة.

وهذا ما يجعلنا أن نقول بقولة المفيد المفيدة.

وأخيرا:

أحاول في ختام هذه المسألة أن أوضح موقف الفقهاء من عهد الفقيهين المتعاصرين أبي الصلاح الحلبي والشيخ الطوسي ومن بعدهم ممن قال بإفادة المعاطاة إباحة التصرف لا الملك اللازم لنبين عدم ورود ما لاحظه أستاذنا السيد الخوئي على الاحتجاج بسيرة المتشرعة من أننا لا نقوى أن نقول إن موقف هؤلاء العلماء -وفيهم المراجع العظام- لا أصل له[1].

أقول:

---

[1] ممن صرح بعدم وجود أصل لهذا التوجيه: الشيخ الستري في (المعتمد) حيث قال -تتمة لعبارته التي نقلناها آنفا- : « وإن كان ما اخترناه خلاف المشهور، فرب مشهور لا أصل له ».

الطريق المنهجي السليم لمعرفة إرادات وقصود المتعاملينَ هو الاستفسار منهم مباشرة إما شفهياً أو تحريرياً بواسطة ما يعرف حديثاً بـ (الاستبانة) أو (الاستبيان) الذي من خلال ما يدون فيه من أجوبة يتبين الباحث معرفة ما أراد معرفته.

وهذا لم يحدث من الفقهاء الذاهبين المذهب المذكور، فلم يذكر أهم قاموا بحملة استفسارات من الناس عما يقصدونه أثناء تعاملهم بالمعاطاة هل هو الإذن بالتصرف أو التملك والتمليك ؟ .

ولازم هذا أن الفقهاء درسوا هذه المسألة في إطارها النظري بعيداً عن إطارها التطبيقي.

ومن ناحية نظرية حيث ألهاهم الدليل الذي اعتمدوه إلى أن العقد هو نتيجة التعاقد اللفظي لا تكون المعاطاة – على هذا – عقداً .

ولأنها جارية بين الناس و لم يحصل ردع من الشارع المقدس عنها فلا توجيه شرعياً لهذا اللون من التعامل إلاّ بأن يقال إنها إذن في التصرف.

ولأنه عند تلف أو إتلاف إحدى العينين أو التصرف المغيّر أو الناقل لم يعهد أن حصل تراد من أحد، وجّهوا هذا بالقول بالملك المتزلزل الذي يستقر عند التلف أو الإتلاف أو التصرف المغيّر أو الناقل.

فالمسألة نظرياً هي هكذا، ولكنها تطبيقياً غيره تماماً، وذلك أن الناس من غير شك في ذلك لأنه مشاهد ومعروف بالوجدان يقصدون من المعاطاة ترتيب جميع آثار العقد اللفظي.

وعليه فهي عقد إلاّ أنه غير لفظي، ولأنها عقد يترتب عليها جميع ما يترتب على العقد.

مجال المعاطاة :

رأينا -في ما تقدم- أن بعضهم منع من جريان المعاطاة في المعاملة المالية.

وأن الكثرة ذهبت إلى القول بجريانها.

وفي ضوء ما اعتمدناه من دليل وهو سيرة العقلاء، وهي قائمة على جريانها في جميع المعاملات المالية، يكون هو الرأي المختار.

تقسيم العقد :

بعد أن عرفنا آثار العقد التي تترتب عليه إذا وقع صحيحاً، أو قل أثر المعاملة المالية الصحيحة، ويتمثل في نقل الملكية عن طريق تبادل العوضين بين المتعاقدين أو المتعاملين، ننتقل إلى محاولة معرفة أقسام العقد أو المعاملة في ضوء معرفتنا للأثر المشار إليه، وذلك لأنه الأساس في القسمة.

فالملك الذي يحصل لكل طرف من طرفي المعاملة نتيجة التملك والتمليك أو النقل والانتقال المسببين عن العقد ينقسم -كما رأينا- إلى قسمين:

١- الملك المستقر:

وهو الذي لا يسمح معه بالتراد ورجوع كل طرف إلى استرجاع عوضه أو ماله من الطرف الآخر.

٢- الملك المتزلزل:

وهو الذي يسمح معه بالتراد والرجوع ما دام أحد العوضين -على الأقل- باقياً عند طرف من طرفي المعاملة.

في ضوء هذا التقسيم تقسم المعاملة أو العقد إلى قسمين:

١- العقد اللازم.

٢- العقد الجائز.

واللزوم:

في اللغة يعني الثبوت والدوام، يقال (لزم الشيء لزوما) أي ثبت ودام، ويقال: (لزم الشيء فلانا) : وجب عليه.

وفي الاصطلاح: وصف يطلقه الفقهاء على العقد الذي ليس لأي طرف من طرفيه حله بالفسخ، أي ليس له إبطال المعاملة.

يقول الدكتور نزيه حماد في توضيحه: « لزوم العقد -في الاصطلاح الفقهي- يعني أنه بات لا يملك أحد طرفيه فسخه وإبطاله والتحلل منه، ذلك أن العقد متى اكتسب صفة اللزوم فليس لأحد العاقدين أن يرجع فيه وينقضه إلا باتفاقهما على الإقالة، لأن في نقض العقد تغييرا للوضع الحقوقي الذي استقر بين العاقدين، ومن أجل ذلك توقف نقضه على التراضي كأصل العقد.

ولا يخفى أن اللزوم فكرة أساسية ضرورية في العقود، ولولاها لفقد العقد أهم خصائصه ومزاياه في بناء الأعمال والحياة الاكتسابية »[1].

والجواز:

فهو في اللغة: التسويغ والترخيص بفعل الشيء، يقولون: (جوز له ما صنع وأجاز له) أي سوغ له ذلك.

وفي الاصطلاح: وصف يطلقه الفقهاء على العقد الذي يحق لطرفي المعاملة أو لأحدهما فسخها وإبطالها.

وعليه، فالفارق بين اللزوم والجواز هو حل العقد وعدم حله، فالجواز يعني الترخيص في حل العقد، وبعكسه اللزوم فإنه يعني عدم الترخيص في حل المعاملة.

---

[1] معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء: مادة: لزوم.

وفي ضوء هذا الفارق أو المعيار قسموا العقود إلى جائزة تنحـل بالفسـخ كعقد الوكالة والوديعة والعارية وإلخ، ولازمة لا تنحل بالفسخ أمثـال البيـع والإجارة.

والفسخ لغة: يعني الإزالة، وفقها: حل رابطة العقد الذي يعني إزالـة أثـر العقد، وذلك برجوع كل عوض إلى صاحبه قبل المعاملة.

ثم وعلى المبدأ المعروف عندهم في التأصيل والتفريع اعتبر الفقهاء اللـزوم في العقود هو الأصل، قال الشهيد الأول في القاعدة ٢٤٣ من قواعده: « الأصـل في البيع اللزوم، وكذا في سائر العقود ».

وفائدة هذا التأصيل من ناحية تطبيقية أننا إذا شككنا في جواز عقـد مـا بحيث يسوغ لكل من طرفيه أو لأحدهما فسخه وإبطاله، ولا دليل عندنا يثبـت جوازه أو ينفيه نرجع إلى هذا الأصل، ونقول بلزومه.

وعلى أساس من ارتباط اللزوم والجواز بطرفي المعاملة تتنوع العقود إلى أربعة أنواع استعرضها الشهيد الأول في (القواعد) –مع العلم أن في بعضها خلافـا– نذكرها كما هي في الكتاب المذكور للاطلاع فقط، مرجئين التعرض للخـلاف في مواضعه من الكتاب.

قال الشهيد –بعد أن أبان أن البيع عقد لازم– : « وأما سائر العقود (يعـني غير عقد البيع) :

– فمنها: ما هو لازم من طرفيه، كالنكاح والإجارة والوقـف والصلـح والمزارعة والمساقاة والهبة في بعض الصور، والضمان بأقسامه إلا الكفالـة، وفي المسابقة قولان.

- ومنها: ما هو جائز من طرفيه، وهو الوديعة والعارية والقراض والشركة والوكالة والوصية والقرض والجعالة، والهبة في بعض صورها، لانتظام المصالح بجوازها، وإلا لرغب عنه أكثر الناس للمشقة بلزومها.

- ومنها: ما هو لازم من طرف وجائز من آخر، وهو الرهن وكفالة البدن وعقد الذمة والأمان، قيل: والهبة من ذي الرحم أو مع القربة أو مع التعويض أو مع التصرف.

- ومنها: ما يكون في مبدئه جائزا ثم يؤول إلى اللزوم كالهبة بعد القبض، وقيل: أحد الأربعة السابقة (يعني هبة ذي الرحم ومع القربة والتعويض والتصرف) والوصية قبل الموت والقبول وتلزم بعدهما».

الباب الثاني

القواعد

قاعدة الإباحة
قاعدة التجارة
قاعدة الوفاء بالعقود
قاعدة اللزوم في العقود
قاعدة الشرط
قاعدة الوفاء بالشروط
قاعدة تبعية العقود للقصود
قاعدة السلطة على المال
قاعدة الصحة في المعاملة

تقسيم المعاملات :

قدّمنا في المقدمة أن المعاملات المالية تنقسم -من حيث تاريخها- إلى قسمين: قديمة وجديدة.

وعرّفنا القديمة بأنها تلك المعاملة التي تمتد في مسارها التاريخي من عصرنا هذا حتى عصر التشريع الإسلامي.

وأوضحنا موقف المشرع الإسلامي منها الذي تمثل في اعتبار بعضها، وإلغاء البعض الآخر، وتهذيب بعض المعتبر منها وفق طبيعة ومقاصد التشريع الإسلامي الذي يقوم على مبدأ جلب المصلحة ودرء المفسدة.

وعرّفنا الجديدة بأنها تلك المعاملة التي وجدت في المجتمع الإسلامي بعد عصر التشريع الإسلامي حيث لا نصوص خاصة تتعلق بها.

منهج البحث في فقه المعاملات :

والآن نحاول أن نتعرف منهج البحث في فقه المعاملات من واقع تعامل الفقهاء مع المعاملات بقسميها المذكورين.

في البدء قسم الفقهاء النصوص الشرعية من آيات وروايات ترتبط بمجال تشريع المعاملات إلى قسمين: خاصة وعامة.

أ- النصوص الخاصة:

وهي تلك النصوص التي وردت لبيان حكم معاملة معينة، وهذه مثل الآية الكريمة: **{وأحل الله البيع وحرّم الربا}**.

ب- النصوص العامة:

وهي تلك النصوص التي تحمل من الشمولية ما يعم كل جزئياتها ومصاديقها، وهذه مثل قوله تعالى: **{يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود}** فإنها شاملة لكل عقد صحيح.

ثم إن هذه النصوص العامة تنقسم -من حيث ما تفيده من بيانات شرعية- إلى قسمين: عمومات تشريع وعمومات ترخيص.

ولنا أن نسميها: العمومات المشرعة، والعمومات المرخصة.

العمومات المشرعة:

وأريد بها النصوص الشرعية التي تنطلق في جعل الحكم من خلال نظرة المشرع الحكيم إلى الواقع، ووفق تقديره للمصلحة والمفسدة.

وعلى هذا الأساس يعتبر الحكم الذي تعطيه حكما واقعيا.

العمومات المرخصة :

وأعني بها النصوص الشرعية التي لا نظر فيها للواقع، وإنما تقوم بإعطاء الرخصة للمكلف عند عدم عثوره على الحكم، وذلك ببيانها لوظيفته الشرعية في السلوك العملي، منة من الشارع الرحيم في التوسعة على المكلفين.

ويفرق بين هذين النوعين من العمومات أو الإطلاقات عن طريق معرفة شكل الصياغة اللفظية وأسلوب التعبير.

فالعمومات المرخصة تتميز من حيث الأسلوب باشتمالها على ما يشير إلى جهل المكلف بالحكم مثل (ما لا يعلمون) في حديث الرفع: (رفع عن أمتي تسعة أشياء ... وما لا يعلمون...) وفي حديث السعة: (الناس في سعة ما لا يعلمون) ، وهما من أدلة البراءة الشرعية.

والحال في مجال البراءة الشرعية أن هناك حكما واقعيا، ولكن المكلف لم يوفق لمعرفته بسبب من الأسباب، فأصبح جاهلا به ولا يعلمه.

في مثل هذه الحال جاءت هذه النصوص وأمثالها مرخصة للمكلف في عدم الالتزام بالاحتياط -الذي كان يلزمه به إيمانه بضرورة القيام به أداء لحق الطاعة

لله تعالى، حتى ولو كانت تلك الطاعة مظنونة ومحتملة- وممتنة عليه بإسقاط العقوبة عنه عند مخالفة الحكم الواقعي المجهول لديه.

ومثل (حتى تعرف) و (حتى تعلم) في الأحاديث التي استدل بها على أصالة الحل أمثال: (كل شيء فيه حرام وحلال فهو لك حلال أبدا حتى تعرف الحرام منه بعينه فتدعه) و (كل شيء هو لك حلال حتى تعلم أنه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك).

وفي حديث أصالة الطهارة: (كل شيء لك طاهر حتى تعلم أنه قذر) .

كما أنها -أعني العمومات المرخصة- ترخص في الفعل عند الشك بالحكم لا مطلقا، أي أن مجال العمل بها هو عند حالة الشك في حكم شيء جزئي خارجي معين قد ابتلي به المكلف.

والشك -هنا- لم يأت من فراغ، ومن هنا قالوا أنها مختصة بالشبهة الموضوعية والدليل على ذلك عبارة (بعينه)، وهو مما يرتبط بأسلوب التعبير أيضا.

وإنما جاء نتيجة أن المكلف يعلم بأن الأشياء محكومة بالطهارة عدا ما استثني كالكلب والخنزير -مثلا- وكان أمامه شيء معين محكوم واقعا بالطهارة، وشك في أنه تنجس أو لا ؟ فإن وظيفته الشرعية العملية هي اعتبار هذا الشيء طاهرا.

وهو بهذا الاعتبار يرجع بالشيء إلى حكمه ظاهرا ، وله أن يرتب عليه آثار الطهارة، لا أنه يحكم عليه حكما جازما بأنه طاهر، وذلك لأنه لا يزال في حالة شك من طهارته، وآية هذا أنه لو انكشف له أن هذا الشيء متنجس وتيقن نجاسته حكم عليه بالنجاسة وامتنع عن ترتيب آثار الطهارة عليه والتزم بترتيب آثار النجاسة.

وكذلك لو شك في حلية شيء وحرمته، إنما يكون هذا في ما هو حلال وشك في عروض الحرمة له، فإنه يرتب آثار الحلية حتى ينكشف له الواقع، فإن كان حلالا استمر يرتب عليه آثار الحلية، وإن كان حراما امتنع عن ترتيب آثار الحلية، وانتقل إلى ترتيب آثار الحرمة عليه.

والالتزام بترتيب آثار الحلية -حالة الشك- جاء من مبدأ أن الأشياء على الحل إلا ما استثني.

ولهذا لا نرى مسلما يعلم بأن هذه المادة بول -مثلا- ويتطرق إليه الشك في أنها طاهرة أو نجسة لعلمه بنجاستها لاندراجها في قائمة المستثنيات التي ثبتت نجاستها بالضرورة.

ولا نرى مسلما يعلم بأن هذه المرأة ليست من محارمه المحرم عليه نكاحها ويتطرق إليه الشك في حلية نكاحها لانحصار المحرمات في من ذكرهن الآية.

وعليه: فأصل الطهارة لم يأت من فراغ وإنما جاء من المبدأ الإسلامي العام، وهو أن الأشياء على الطهارة إلا ما استثني.

وكذلك أصل الحلية، إنما جاء من مبدأ أن الأشياء على الحل إلا ما استثني.

وفي ضوء هذا: فإن طريقة تعامل الفقيه علميا مع المعاملات المالية تختلف باختلاف تاريخ المعاملة.

- فبالنسبة إلى المعاملات المالية التي كانت قائمة في عصر التشريع يكتفي الفقيه لمعرفة حكمها الشرعي بمحاولة معرفة موقف المشرع الإسلامي منها، هل ألغى اعتبارها، فيحكم الفقيه بحرمة التعامل بها، وهذا مثل الربا، أو أنه أمضى وأقر اعتبارها فيحكم بحلية التعامل بها، وهذا مثل البيع.

ويعرف موقف المشرع الإسلامي من المعاملة المعاصرة له عن أحد الطرق التالية:

١- **التصريح القولي** بالإقرار أو الإلغاء كما في مثل الآية الكريمة: {وأحل الله البيع وحرم الربا} حيث صرح المشرع المقدس بإقراره لمعاملة البيع وإلغائه لمعاملة الربا.

٢- **التصريح الفعلي**، وهو أن يرى المسلمون المعصوم يتعامل بالمعاملة، فإن فعله هذا دليل حليتها وجوازها.

وهو من السنة الفعلية.

٣- **التصريح التقريري**، وهو أن يرى المبلغ المعصوم المسلمين يتعاملون بالمعاملة، و لم يصدر منه ردع لهم عن ذلك.

فموقف المعصوم هذا، من المعاملة المتمثل بعدم منع المسلمين من التعامل تصريح منه بإقرار المعاملة واعتبارها، ولكنه تصريح تقريري.

أي أنه من السنة التقريرية.

أما بالنسبة إلى المعاملات المالية الحادثة بعد عصر التشريع فيختلف موقف الفقيه منها حيث لا يوجد تصريح من الشارع المقدس باعتبارها أو عدم اعتبارها، لا قولي ولا فعلي ولا تقريري لأنها حدثت بعد عصره.

وما دام الأمر كذلك فليس أمام الفقيه إلا سلوك أحد طريقين لمعرفة حكم المعاملة المالية الجديدة، وهما:

١- المماثلة :

وأعني بها أن يحاول الفقيه معرفة ما اذا كانت المعاملة الجديدة تندرج تحت عنوان معاملة قديمة مشروعة، أي هل هي من حيث الموضوع تماثل وتشابه إحدى المعاملات المشروعة ؟ ، فإن توصل الفقيه إلى وجود مماثلة بينهما بما يصحح دخول المعاملة الجديدة تحت عنوان المعاملة القديمة المشروعة سرى حكم النظير للنظير، أي يحكم على المعاملة الجديدة بحكم المعاملة القديمة.

٢- الشمول :

وهذا في حالة إذا لم تماثل المعاملة الجديدة معاملة قديمة مشروعة، بالشكل الذي يصحح دخول الجديدة تحت عنوان القديمة.

وإنما هي معاملة مستقلة بذاتها، فعلى الفقيه -والحالة هذه- التفتيش عن عموم أو إطلاق يشمل هذه المعاملة الجديدة بحيث تدخل في شموليته كمصداق من مصاديقه وجزئي من جزئياته، فإذا عثر على هكذا عموم أو إطلاق حكم عليها بما يستظهره منه.

وجاء هذا واضحا في معاملة (التأمين) -وهي من المعاملات المستحدثة- فقد حملها أستاذنا السيد الخوئي على معاملة الهبة، قال (في منهاج الصالحين) في (المسائل المستحدثة) الملحقة بآخر الطبعة الثامنة ص٤٣٩ : « يجوز تنزيل عقد التأمين -بشتى أنواعه- منزلة الهبة المعوضة، فإن المؤمن له يهب مبلغا معينا من المال في كل قسط إلى المؤمن، ويشترط عليه ضمن العقد أنه على تقدير حدوث حادثة معينة نص عليها في الاتفاقية أن يقوم بتدارك الخسارة الناجمة له، ويجب على المؤمن الوفاء بهذا الشرط.

وعلى هذا فالتأمين -بجميع أقسامه- عقد صحيح شرعا » .

بينما أدرجها أستاذنا الشيخ زين الدين في عموم (الوفاء بالعقود) قال في ص ٣ من رسالته (المسائل المستحدثة) : « والتأمين -على الأقوى- عقد من العقود يشتمل على الإيجاب والقبول، يمكن للطرفين أن يوقعاهما باللفظ إذا أحسنا التعبير عن جميع بنود المعاملة باللفظ، ولكنهما -في الغالب- يقعان بالفعل، ولا مانع من ذلك ... وعلى أي النحوين أجري العقد بين الطرفين كان صحيحا، ووجب الوفاء به بمقتضى آية الوفاء بالعقود ».

وسوف يأتي تبيان ما ينبغي أن يتبـع في دراسـة مشـروعية المعـاملات المستحدثة، بالمقارنة بين الطريقين المذكورين والموازنة بغية الانتهاء إلى ما هـو أقرب إلى طبيعة المعاملات وألصق بالمبادئ العامة للفقه.

محور البحث في المعاملات المالية :

تتمحور الدراسة الفقهية للمعاملة المالية في جانبين:

- تحديد الموضوع.
- بيان الحكم.

ويقطع الفقيه في وصوله إلى تحديد الموضوع وبيان الحكم مرحلتين:

المرحلة الأولى: محاول معرفة المصدر: مصدر تحديد الموضوع ومصدر بيـان الحكم.

المرحلة الثانية: محاولة استخراج تحديد الموضوع ومحاولة استنباط الحكم.

فبالنسبة إلى مصدر تحديد موضوع المعاملة المالية:

أولا: المقصود بالموضوع -هنا- موضوع الحكم وهو ما يتعلق به الحكم وما يتعلق بما تعلق به الحكم.

وثانيا: المقصود بالمصدر الجهة التي يرجع إليـها ويسـتفاد منـها تحديـد الموضوع.

ولتحديد موضوعات الأحكام مصدران هما:

- **الشرع**
- **العرف**

ولأن المعاملات المالية ظواهر اجتماعية -اقتصاديـة، أي أنهـا تولـد في المجتمعات نتيجة الحاجة إليها أو لسبب آخر، يرجع في معرفة حدودها وأبعادهـا وسائر شؤون موضوعها الأخرى، إلى العرف.

ويتمثل دور الشارع المقدس تجاهها في:

١- إلغاءها أو إقرارها .

٢- تهذيبها في حالة الإقرار إذا كانت تحتاج إلى تهذيب أي تطويرها إلى ما يلتقي وطبيعة التشريع من حيث مراعاة المصالح والمفاسد.

أما بالنسبة إلى بيان الأحكام فالمعاملات مطلقا لا تختلف عن العبادات في أنها توقيفية.

أي منسوبة إلى التوقيف وهو مصطلح علمي عام، يراد به في علم الفقه: أن يقف من يريد معرفة الأحكام الشرعية عند حدود الوارد في الشريعة الإسلامية، فلا يتعداها إلى غيرها.

وبتعبير علمي مختصر: مصدر الأحكام الشرعية هو الشرع الإسلامي لا غير.

يقول الوحيد البهبهاني في (الفوائد الحائرية) -ص ٩٥- : « وعند المجتهدين والأخباريين أن الأحكام الشرعية بأسرها توقيفية، موقوفة على نصه (يعني الشرع) ، سواء كانت في العبادات أو المعاملات، وسواء كانت الأحكام الخمسة، أو الوضعية مثل النجاسة والطهارة والصحة والفساد وكون شيء جزء شيء أو شرط شيء أو مانع شيء، وأمثال ذلك، وسواء كانت مما يستقل بإدراكها العقل أم لا، لأن مجرد إدراكه لا يجعلها حكما شرعيا ما لم يثبت أن الشارع حكم بها.

لكن فقهاء الشيعة والمعتزلة لما قالوا بالملازمة بين حكم العقل والشرع، وكون الثاني كاشفا عن الأول، وبالعكس، جعلوا حكم العقل من جملة أدلة حكم الشرع لا نفسه ».

إذن، علينا أن نلتمس حكم المعاملة الجديدة إذا لم تكن مماثلة لمعاملة قديمة مشروعة من العمومات والمطلقات الشاملة لمثل هذه المعاملات، وهذا ما سنتناوله بالدرس في المباحث التالية.

قاعدة الإباحة

التعريف :

ذكر (المعجم الكبير) لمادة (بوح) ثلاثة معان، هي:

١- السعة.

٢- خلاف المحظور.

٣- الظهور والإعلان.

ثم قال: « قال ابن فارس: (الباء والواو والحاء أصل واحد وهو سعة الشيء وبروزه وظهوره).

وأباح فلان الشيء: أحله وأطلقه ».

والمعاني التي تلتقي ومفهوم الإباحة فقهيا، هي:

- الإحلال.
- الإطلاق.
- السعة.

ذلك أن الإحلال -هنا- يعني الإباحة في مقابلة التحريم، ففي التنزيل العزيز: **{وأحل الله البيع وحرم الربا}**.

وفي الحديث المروي في (الوسائل -باب إباحة الخمر والخنزير عند الضرورة) عن الإمام الصادق (ع) ما يبين لنا وبوضوح مرادفة الإحلال للإباحة، ومرادفة الإباحة للإحلال، فقد جاء فيه: « ولكنه خلق الخلق فعلم ما تقوم به أبدانهم وما يصلحهم، فأحله لهم وأباحه، تفضلا منه عليهم به لمصلحتهم، وعلم ما يضرهم

فنهاهم عنه وحرّمه عليهم، ثم أباحه للمضطر، وأحله في الوقت الذي لا يقوم بدنه إلاّ به فأمره أن ينال منه بقدر البلغة ».

والإطلاق: يعني الإحلال من قيد التحريم، أو قل: هو الإباحة برفع قيد الحظر.

ومنه أخذ اسم (الطلاق) لأنه رفع لقيد النكاح المنعقد بين الزوجين.

أما السعة: فهي تعني الإباحة أيضاً، وذلك برفع الضيق، ففي (لسان العرب): « السعة نقيض الضيق » ، وفي الحديث: (الناس في سعة ما لا يعلمون)، أي في غير ضيق مما لا يعلمون من الأحكام، أي لا يضيقوا على أنفسهم بحكم شيء لم يعلموه، وليكونوا في سعة منه، وهو معنى الإباحة.

فالإباحة –إذن– تعني الجواز في ممارسة الفعل.

وفقهياً: المراد بالإباحة ما يقابل الحظر.

أو قل: الحلية في مقابل الحرمة، بما لهما من معنى مستفاد من الآية الكريمة **{وأحل الله البيع وحرم الربا}** ، والآية الأخرى **{يا أيها النبي لِمَ تحرم ما أحل الله لك}** وقول النبي (ص): (أما إني –والله– لا أحل حراماً ولا أحرّم حلالاً).

التقسيم :

تقسم الإباحة إلى قسمين: مالكية وشرعية.

١– الإباحة المالكية:

وتعني أن أفعال الإنسان لأنه مملوك لله تعالى وتحت طائلة سلطانه هي مملوكة لله أيضاً.

وباعتبار أنها مملوكة له تعالى أباح تعالى للإنسان التصرف فيها رفعاً للحرج.

وهذه الإباحة من المولى بما أنه مولى ومالك لا بما أنه مشرع ومقنن.

ولهذا تسمى: الإباحة قبل الشرع.

« ومرجعها إلى عدم الحرج -عقلاً- في الفعل والترك في مورد احتمال الحرمة ».

٢- الإباحة الشرعية:

وتعني التشريع الذي يجعل من قبل الله تعالى بما أنه مشرع لتنظيم أفعال الإنسان، مشتملاً على عنصر الترخيص.

أو كما عُرفت بأنها: « الترخيص المجعول من قبل الشارع بما هو شارع ».

وتقسم هذه الإباحة الشرعية إلى قسمين أيضاً: الإباحة الواقعية والإباحة الظاهرية.

أ- الإباحة الواقعية:

وهي حكم شرعي يُخيِّر المكلفَ في السلوك بين الفعل والترك، وذلك لانعدام المصلحة والمفسدة أو تساويهما في متعلقه .

ب- الإباحة الظاهرية :

وتعرف -أصولياً- بالبراءة الشرعية، وهي وظيفة شرعية تنفي الحكم الشرعي عند شك المكلف به وعدم معرفته له.

والفارق الأساسي بين الإباحتين الواقعية والظاهرية من حيث المفهوم:

- أن دليل الأولى ناظر إلى الواقع.

وفي ضوئه: يكون الحكم فيها قائماً على أساس المصلحة والمفسدة في ذلكم الواقع.

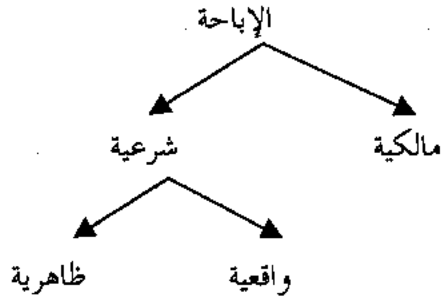
- بخلاف الثانية -أعني الظاهرية- فإن دليلها لا نظر فيه للواقع، وإنما هي وظيفة شرعية عملية جعلت لرفع حيرة المكلف الناشئة من شكه في الحكم الشرعي وجهله له.

أما من حيث التطبيق:

-فإن أصالة البراءة الشرعية (الإباحة الظاهرية) يرجع إليها عند الشك في الحكم، أو قل: عند الجهل به، لمعرفة وظيفة المكلف العملية شرعا، في مثل هذه الحالة، باعتبارها عموما أو إطلاقا مرخصا.

-وبعكسها أصالة الإباحة الواقعية، فيرجع إليها لمعرفة الحكم ابتداء باعتبارها عموما أو إطلاقا مشرعا.

الخلاصة:



النص :

الحديث: (**كل شيء مطلق حتى يرد فيه نهي**).

رواه الشيخ الصدوق في كتاب (من لا يحضره الفقيه) -باب وصف الصلاة من فاتحتها إلى خاتمتها: فصل القنوت - قال: « روى محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) أنه قال: القنوت في كل ركعتين في التطوع والفريضة.

وروى عنه زرارة أنه قال القنوت في كل الصلوات.

وذكر شيخنا محمد بن الحسن بن احمد بن الوليد -رضي الله عنه- عن سعد بن عبد الله: أنه كان يقول: لا يجوز الدعاء في القنوت بالفارسية.

وكان محمد بن الحسن الصفار يقول: إنه يجوز.

والذي أقول به: إنه يجوز، لقول أبي جعفر (ع): لا بأس أن يتكلم الرجل في صلاة الفريضة بكل شيء يناجي به ربه عز وجل.

ولو لم يرد هذا الخبر لكنت أجيزه بالخبر الذي روي عن الصادق (ع) أنه قال: (كل شيء مطلق حتى يرد فيه نهي)، والنهي عن الدعاء بالفارسية في الصلاة غير موجود، والحمد لله.

والحديث -كما تراه- مرسل، إلا أن روايته من قبل الصدوق في (الفقيه) تكشف عن اعتباره عند الصدوق استنادا إلى تصريحه في مقدمة الكتاب المذكور بأن جميع مروياته فيه معتبرة عنده.

فالحديث على هذا معتبر عند الصدوق.

والذي يظهر من تعامل أصحابنا معه أنهم قد تلقوه بالقبول بما يورث الاطمئنان بصحة صدوره عن المعصوم.

المفردات :

شيء. مطلق. يرد. نهي.

(شيء) :

الظاهر أن المراد من كلمة (شيء) في الحديث ما يعم جميع أفعال الإنسان، وذلك لتنكيرها ووقوعها في سياق كلمة (كل).

(مطلق) :

تقدم في تعريف الإباحة أن المراد بالإطلاق: الإحلال من قيد التحريم.

ومجيء كلمة (مطلق) في الحديث الشريف في سياق قوله (ع): (حتى يرد فيه نهي) -حيث أن المراد بالنهي التحريم- يجعله مقترنا بما يدل على أن الإطلاق -هنا- بمعنى الإحلال من التحريم، أي تسويغ الفعل.

(يرد) :

اختلفت كلمتهم في تفسير المراد من قوله (يرد) هل الورود هنا بمعنى الصدور، أي جعل الحكم وتشريعه، أو هو بمعنى الوصول أي وصول الحكم إلى

المكلف بعد صدوره.

ويبدو أن الاختلاف المشار إليه جاء نتيجة محاولتهم فهم معنى الورود من السياق، من غير أن يرجعوا إلى معاجم اللغة العربية أو كتب ألفاظ الحضارة، ذلك أن معاجم اللغة العربية لم تذكر أن من معاني الورود: الصدور، وإنما ذكرت مما يلتقي وموضوعنا هذا المعاني التالية:

- البلوغ بمعنى الوصول.
- القدوم بمعنى المجيء.
- ويقال: (أورد فلان الخبر) بمعنى ذكره.

كما أنه لم يعرف أن كلمة (ورد) استعملت اجتماعيا أيام التشريع بمعنى (صدر).

إلا أن يقال: إن استعمال الإمام (ع) لها بمعنى الصدور أدخلها قائمة الألفاظ الحضارية.

ولكن هذا لم يثبت.

أو يقال: إن فهم مقصود الإمام (ع) من ملابسات الموضوع (محتوى النص) يفرض هذا المعنى فرضا.

ويظهر الأثر العلمي للفرق بين حمل اللفظ على معنى الصدور أو على معنى الوصول: أنه إن حمل على المعنى الأول أفاد الإباحة الواقعية، وإن حمل على المعنى الثاني أفاد الإباحة الظاهرية، يقول أستاذنا السيد الخوئي في تقرير بحث المسألة مما دونه تلميذه السيد الواعظ في كتابه (مصباح الأصول ٢/٢٨٠) : «إذ على تقدير أن يكون المراد منه الصدور لا مناص من أن يكون المراد من الإطلاق في قوله (كل شيء مطلق) هو الإباحة الواقعية، فيكون المعنى كل شيء مباح واقعا ما لم يصدر النهي عنه من المولى.

ولا يصح أن يكون المراد من الإطلاق هي الإباحة الظاهرية، إذ لا يصح جعل صدور النهي من الشارع غاية للإباحة الظاهرية، فإن موضوع الحكم الظاهري هو الشك وعدم وصول الحكم الواقعي الى المكلف، فلا تكون الإباحة الظاهرية مرتفعة بمجرد صدور النهي من الشارع، ولو مع عدم الوصول إلى المكلف، بل هي مرتفعة بوصوله إلى المكلف، فلا مناص من أن يكون المراد هي الإباحة الواقعية ».

وقال السيد المروج في (منتهى الدراية ٢٦٥/٥) موضحا رأي الشيخ الأنصاري: « وتوضيحه: أن قوله (ع): (حتى يرد ... الخ) ظاهر في أن المراد بورود النهي وصوله إلى المكلف وعلمه به، لا مجرد صدوره من الشارع وإن لم يصل إلى المكلف، فالشيء الذي لم يصل إليه نهي فيه من الشارع مطلق ومباح ظاهرا ولو فرض صدور النهي عنه من الشارع.

كما أن الظاهر منه بقرينة قوله (فيه) أن المراد بالنهي عن الشيء النهي عنه بعنوانه الخاص يعني بعنوانه الأولي لا بعنوان أنه مشتبه الحكم.

وعليه: فمعنى الحديث: أن كل شيء مشتبه الحكم مباح ظاهرا ما لم يصل إلى المكلف نهي عن ذلك الشيء بخصوصه، فشرب التتن المشتبه حكمه مطلق أي مباح لا مؤاخذة عليه ظاهرا ما لم يصل إلى المكلف نهي عنه بخصوصه وعنوانه مثل (لا تشرب التتن) فيتم الاستدلال به على البراءة ».

وكما رأينا في كلام كل من السيدين أننا في ضوء تفسير كلمة (يرد) بـ (يصدر) نفيد من الحديث دلالته على الإباحة الواقعية.

وفي ضوء تفسيرها بـ (يصل) نستفيد منه دلالته على الإباحة الظاهرية (البراءة الشرعية).

فلنبق متذكرين لهذا كيما ننتفع به في معرض الاستدلال بالحديث.

(نهي) :

المراد بالنهي في الحديث النهي التحريمي لأنه المتبادر من الكلمة عند تجردها من قرينة المجاز.

شمول النص:

ونصنا (حديث الإطلاق) يفيدنا العموم باشتماله على كلمة (كل) التي هي إحدى أدوات العموم، وبإضافتها إلى كلمة (شيء) المنكرة .

دلالة النص:

في هدي تفسيرنا لمفردات الحديث يكون مفاده: كل شيء لم تحرمه الشريعة فهو مباح.

الاستدلال:

لابد من التوطئة للاستدلال بهذا الحديث على الإباحة الواقعية ببيان توزيع أقسام الإباحة تاريخيا وعمليا لنعرف موقع موضوع بحثنا وهو الإباحة الواقعية تاريخيا وعمليا فننطلق فيه على بصيرة من ذلك، وإليك التوزيع:

من ناحية تاريخية:

- الإباحة المالكية هي لما قبل نزول الشرائع الإلهية.
- والإباحة الشرعية هي لما بعد مجيء الإسلام.

ومن ناحية عملية:

- الإباحة المالكية بالنسبة لنا مسألة تاريخية لا علاقة لها بواقعنا فلا ابتلاء لنا بها.

- وتتوزع الإباحة الشرعية عمليا على قسميها وكالتالي:
- **الإباحة الواقعية** يرجع إليها الفقيه لمعرفة الحكم الواقعي للشيء.

- **الإباحة الظاهرية** يرجع إليها المكلف لمعرفة الوظيفة الشرعية عند الجهل بالحكم الواقعي.

بعد هذه التوطئة نقول:

١- إن موضوع بحثنا هذا -كما هو واضح من عنوانه- هو الإباحة الواقعية من خلال حديث الإطلاق.

٢- إن الأصوليين عرضوا للإباحة الواقعية في موضوعين من موضوعات علم الأصول، هما:

- مسألة الحظر والإباحة.
- مبحث البراءة الشرعية.

وفي موضوع الحظر والإباحة انصب بحث الأصوليين على ما قبل الشرع، ويريدون بذلك فترة ما قبل نزول الشرائع الإلهية.

يقول العلامة الحلي في كتابه (مبادئ الوصول ص٨٧) : « الأشياء قبل ورود الشرع على الإباحة ».

وحددوا محور الخلاف الفقهي في الأشياء التي يصح الانتفاع بها ولا ضرر من الانتفاع بها على أحد، يقول السيد المرتضى في (الذريعة) :

« وقد اختلف الناس في (حكم) ما يصح الانتفاع به ولا ضرر على أحد فيه».

ثم يذكر الأقوال في المسألة، وهي:

- القول بالحظر.
- والقول بالإباحة.
- والقول بالوقف بين الأمرين.

وذكر أن القائلين بالحظر انشعبوا إلى مذهبين:

- بعض قالوا: إن ما لا يقوم البدن إلا به ولا يتم العيش إلا معه، هو على الإباحة، وماعداه على الحظر.

- وبعض سوى بين الكل و لم يفصل فقال بالحظر مطلقا.

ثم يعلل العلامة الحلي قوله بالإباحة، أو بالأحرى يستدل لذلك بقوله: « لأنها نافعة خالية عن أمارة المفسدة، ولا ضرر على المالك في تناولها فكانت مباحة ».

والمالك الذي يقصده هنا هو المالك الحقيقي وهو الله تعالى.

وكما ترى: إن دليله يتألف من عنصرين، هما:

١- وجود المصلحة، وعدم وجود ما يدل على المفسدة.

٢- عدم تضرر المالك عند التصرف بها.

وهو خلاصة دليل القائلين بالإباحة .

أما دليل القائلين بالحظر فيتلخص في أن الإباحة تصرف في ملك الغير -وهو الله تعالى- بغير إذنه، وهكذا تصرف قبيح عقلا [1].

وفي (الذريعة): « وقد استدل من قال بالحظر على صحة مذهبه بأن المخلوقات كلها ملك الله تعالى، ولا يجوز في العقول أن يتصرف في ملك المالك إلا بإذنه وإباحته، فإذا فقدنا الإذن والإباحة قطعنا بالحظر ».

والمسألة -كما تراها- قضية تاريخية ترتبط بزمن معين وهو عصر ما قبل الشرائع الإلهية، وبفكرة لا علاقة لها بواقعنا وهي الإباحة المالكية.

والطريق العلمي إلى معرفة واقع الأحكام في هذه الفترة الساحقة في أغوار تاريخ ما قبل التاريخ هو الرجوع إلى الاستنتاجات العقلية أو المأثورات النقلية التي قد يستفاد منها ما قد يكشف عن ذلكم الواقع.

---

[1] انظر: المعارج للمحقق الحلي ص٢٠٢ وما بعدها .

ومن أقدم وأفضل من تناولها عقليا ونقليا –وباختصار مفيد– هو المفيد (ت ٤١٣ هـ) في كتابه الموسوم بـ (شرح عقائد الصدوق أو تصحيح الاعتقاد) فقد جاء في ص ٦٩ تحت عنوان (في الحظر والإباحة): « قال أبو جعفر (الصدوق) في الحظر والإباحة: الأشياء كلها مطلقة ...الخ [1]، قال الشيخ المفيد: (الأشياء) في أحكام العقول على ضربين:

أحدهما: معلوم حظره بالعقل، وهو ما قبحه العقل، وزجر عنه، وبعد منه: كالظلم والسفه والبعث.

والضرب الآخر: موقوف في العقل، لا يقضى (فيه) على حظر ولا إباحة إلا بالسمع، وهو ما جاز أن يكون للخلق بفعله مفسدة تارة، ومصلحة أخرى.

وهذا الضرب مختص بالعادات (أي المعاملات) من الشرائع التي يتطرق إليها النسخ والتبديل.

فأما بعد استقرار الشرائع فالحكم أن كل شيء لا نص في حظره فإنه على الإطلاق، لأن الشرائع ثبتت الحدود، وميزت المحظور على حظره، فوجب أن يكون ماعداه بخلاف حكمه» يعني الإطلاق أو الإباحة.

والشيخ الصدوق بقوله: « والأشياء كلها مطلقة » يستند في هذا الحديث الشريف الذي رواه مرسلا في كتابه (من لا يحضره الفقيه)، وهو (كل شيء مطلق حتى يرد فيه نهي) حيث استعار منه كلمة (مطلقة) بمعنى مباحة أو محللة، وتتمتها في كتابه (الاعتقادات) هي: (مطلقة حتى يرد في شيء منها نهي).

[1] نص عبارة الصدوق في كتابه (الإعتقادات) هو « باب الإعتقاد في الحظر والإباحة: قال الشيخ –رض– :اعتقادنا في ذلك أن الأشياء كلها مطلقة حتى يرد في شيء منها نهي ».

وكذلك الشيخ المفيد في قوله: « إن كل شيء لا نص في حظره فانه على الإطلاق » فإنه -الآخر- يأخذ بمفاد الحديث الشريف، ويحمل الإطلاق فيه على الإباحة الواقعية.

وأيضا نفيد من المفيد نقله محور البحث مما قبل الشرع إلى ما بعده، وذلك بقوله: (فأما بعد استقرار الشرائع فالحكم أن كل شيء لا نص في حظره فإنه على الإطلاق).

وهي نقلة موفقة خرجت بالبحث من دائرة اللامفيد إلى دائرة المفيد.. ذلك أن البحث عن الحكم في فترة ما قبل الشرع لا يترتب عليه أثر شرعي عملي بالنسبة إلينا نحن المسلمين .. ومن غير ريب أن الشيخ المفيد كان ملتفتا لهذا، ولذا عدل بمحور البحث المذكور في كتب الأصول السنية بسبب عقمه، إلى محور جديد ولود، تترتب عليه آثار شرعية، فنقل محور البحث من الإباحة المالكية إلى الإباحة الشرعية.

ويبدو من تاريخ البحث في المسألة أن عمدة ما رجعوا إليه في القول بالإباحة، وفي إطار التشريع الإسلامي، هو حديث الإطلاق المذكور في أعلاه، فقد رأينا الشيخ الصدوق رجع إليه في قوله بالإباحة، وكذلك الشيخ المفيد كما استظهرنا هذا من قوله (على الإطلاق)، وربما استظهرنا هذا أيضا من كلام تلميذه الشريف المرتضى في (الذريعة) حيث يقول: « وأما المضرة الآجلة فهي العقاب، وإنما يعلم انتفاء ذلك لفقد السمع الذي يجب أن يرد فيه، لو كان ثابتا لأن الله تعالى لابد أن يعلمنا بما علينا من المضار الآجلة التي هي العقاب الذي يقتضيه قبح العقاب، وإذا فقدنا هذا الإعلام قطعنا بانتفاء المضرة الآجلة أيضا ».

فمن المظنون قويا أن تعبيره (يجب أن يرد فيه) مأخوذ أيضا من حديث الإطلاق من عبارة (حتى يرد فيه نهي).

وهذا يطلعنا أن الطلائع الأول من أصولي الإمامية بحثوا المسألة على المحور المبحوثة فيه في كتب الأصول السنية وهو (ما قبل الشرع) وعلى المحور الذي حولوا البحث إليه وهو (ما بعد الشرع).

كما نفيد أن حديث الإطلاق كان من أدوات بحث المسألة لديهم وبخاصة في المحور الجديد وهو ما بعد الشرع.

وبعد هؤلاء:

وجدنا الأصوليين يستدلون بأكثر من نص شرعي لإثبات الإباحة الواقعية إلا أن جل ما استدلوا به قد لوحظ عليه عدم نهوضه بالإفادة، وكأمثلة لهذه الأدلة ما يلي:

- **{هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا}.**
- **{يا أيها الناس كلوا مما في الأرض حلالا طيبا}.**
- **{قل لا أجد في ما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير}.**

ولما ألمحت إليه من أن هناك مآخذ عليها بعدت بها عن الدلالة على المطلوب، لا أراني بحاجة إلى الوقوف عندها بأكثر من هذا.

وأسلم ما استدل به لإثبات الإباحة الواقعية وأقواها على النهوض بالدلالة هو حديث الإطلاق (كل شيء مطلق حتى يرد فيه نهي)،وقد مرت بنا الإشارة إلى استدلال الطلائع الأول من أصوليينا به.

وقال الشيخ الأنصاري في (الرسائل-مبحث البراءة): « استدل به الصدوق على جواز القنوت بالفارسية، واستند إليه في أماليه حيث جعل إباحة الأشياء حتى يثبت الحظر من دين الإمامية.

ودلالته على المطلب أوضح من الكل.

وظاهره عدم وجوب الاحتياط لأن الظاهر إرادة ورود النهي في الشيء من حيث هو، لا من حيث كونه مجهول الحكم)).

ويظهر من قوله: (من حيث هو لا من حيث كونه مجهول الحكم) أنه يقصد دلالته على الإباحة الواقعية.

ووقفنا على استدلال الصدوق عند نقلنا روايته لنص الحديث، وظاهره - كما هو واضح- الاستدلال بالحديث لمعرفة الحكم الواقعي وهو الإطلاق أو الإباحة، لا لمعرفة الوظيفة الشرعية التي هي البراءة الشرعية، إذ ليست غايته من الاستدلال بالحديث رفع الشك في أن القنوت بالفارسية جائز أو غير جائز، وإنما هو لمعرفة هل في الحديث عموم يشمل هذه المسألة أو لا ؟ .

ان النصوص الشرعية التي صدرت من الأئمة (ع) وبخاصة منذ عهد الإمامين الباقرين عليهما السلام كانت أجوبة لأسئلة.

وتقطيع الأحاديث من قبل الرواة والمؤلفين أضلنا الطريق لمعرفة السياق الذي يلقي-غالبا- الضوء على معرفة المقصود من الجواب.

وفي هدي هذا يمكننا الاستفادة التالية:

إن الحديث يقول للسائل: عندما لم يصل إليك نهي فكل شيء هو بواقعه حلال، فكأنه يقول له: إن الله تعالى (قد فصل لكم ما حرم عليكم)، فلا تتكلفوا السؤال.

وفي الوقت نفسه يلقي الإمام (ع) للسائل القاعدة التي يعتمدها في معرفة الأحكام للوقائع والقضايا التي لم يشرع حكمها بنص خاص.

وهو ما أفاده الشيخ المفيد من لسان الحديث -كما أشرت- حيث قال: (فأما بعد استقرار الشرائع فالحكم أن كل شيء لا نص في حظره فإنه على

الإطلاق لأن الشرائع ثبتت الحدود وميزت المحظور على حظره فوجب أن يكون ماعداه بخلاف حكمه » .

تبينا في حديثنا عن معنى الورود أن الأصوليين اختلفوا في المراد منه هل هو الصدور أو الوصول.

وعلى أساس من هذا اختلفوا في دلالة الحديث على قولين، هما:

- دلالته على الإباحة الواقعية:

كما رأينا هذا في استدلال الشيخ الصدوق به، ومن بعده عند الشيخ المفيد وهو في معرض بيان حكم ما لم يرد نص في حظره، وما ظهر لنا من عبارة السيد المرتضى.

وقد مضى هذا مفصلا.

- دلالته على البراءة الشرعية:

استدل به على ذلك جل أصوليينا من متأخري المتأخرين والمعاصرين وبخاصة من الشيخ الأنصاري في (الرسائل) فمن بعده.

ولننتفع هنا -كما وعدنا- من تذكرنا لما نقلناه -ونحن في صدد بيان معنى الورود- من كلام السيدين الخوئي والمروج، حيث رأينا كيف يستدل بالحديث على الإباحة الواقعية إذا كانت كلمة (يرد) فيه بمعنى (يصدر)، وعلى الإباحة الظاهرية (البراءة الشرعية) إذا فسرت كلمة (يرد) بـ (يصل).

والذي يلاحظ عليه:

أن هذا التردد والدوران بين احتمال أن يكون المراد من الورود الصدور، واحتمال أن يكون المراد منه هو الوصول، ناتج من الالتزام بالمنهج الفلسفي في دراسة النص، فالفلسفة -كما هو معلوم- تتحرك داخل دائرة الاحتمالات العقلية.

بينما يلزمنا المنهج العلمي أن ندرس النص في إطار سياقه اللفظي وبيئته الاجتماعية لنتأكد بمساعدة هذه القرائن من مدلولات ألفاظ النص، لأن الاحتمال بما هو احتمال لا يسوغ لنا القول بأن المراد منه هو هذا المعنى، وبخاصة انه ستترتب عليه آثار عملية.

قلنا: إن السياق وأسلوب التعبير قرينة فارقة بين العمومات المشرعة والعمومات المرخصة.

وإن طريقة طرح الأحكام من الأئمة (ع) لأصحابهم كانت تعتمد أسلوب الإجابة.

وفي هديه: يكون المقصود: أن الأحكام شرعت وفصل الحرام منها، فما عداه فهو حلال، فلا ينبغي تكلف السؤال عن ذلك.

فالنص إذا قورن بأمثاله من حيث أسلوبه التعبيري هو جواب لسؤال أضاعه من بين أيدينا تقطيع الأحاديث. والورود -كما أوضحنا- لم يرد بمعنى الصدور، فلابد من حمله على معنى الوصول.

وهو واضح -أيضا- في إرادة أن لا يتكلف المكلف السؤال بعد بيان ما هو محرم تفصيلا.

والحديث بهذا -كما أفاد الأوائل- واضح في إفادته الإباحة الواقعية.

الخلاصة: وننتهي من كل ما تقدم إلى أن حديث الإطلاق: (كل شيء مطلق حتى يرد فيه نهي) هو قاعدة الإباحة الواقعية، والأصل الشرعي الذي يرجع إليه بصفته عاما من العمومات الشرعية، فيقال بحلية ومشروعية المعاملات الحادثة شريطة أن لا تعارض صريح الكتاب أو صريح السنة القطعية

قاعدة التجارة

التعريف:

١- في اللغة :

يقال: تجر يتجر تجرا وتجارة.

فالتجارة أحد مصدري الفعل الثلاثي (تجر).

ويقال أتجر إتجارا، واتجر اتجارا، وتاجر متاجرة.

هذا من حيث تصريفات الكلمة.

ومن حيث المعنى فقد ذكروا لكلمة (تجارة) ثلاثة معان، هي:

أ- العمل:

ويعنون به ممارسة العمل، أي التصرف بالمال، وعرفوها وفق هذا المعنى بـ(تقليب المال لغرض الربح).

ب- المادة:

ويريدون بها: ما يتجر به من بضائع وسلع ونقود.

ج- المهنة:

ويقصد بها أنها وسيلة التكسب، ونعتوها -لهذا السبب- بحرفة التاجر.

وعرفوها على المعنى الأول (العمل) بتعريفات متعددة، وكلها تلتقي عند محتوى التعريف المذكور، ومنها:

- تقليب المال بالتصرف فيه لغرض الربح.
- تقليب المال وتصريفه لطلب النماء.

- تقليب المال بالبيع والشراء ونحو ذلك طلبا للربح.
- تقليب المال والتصرف فيه مبادلة بالبيع والشراء طلبا للنماء والربح.
- التصرف في رأس المال طلبا للربح.
- التصرف بالمال للربح.
- تعاطي البيع والشراء للربح.
- البيع والشراء بقصد الربح.

والمستفاد من هذه التعريفات:

أ- أن التجارة تقوم بعنصرين أساسيين، هما:

- تقليب المال.
- قصد الربح.

ب- رادف بعض التعاريف بين التجارة ومعاملة البيع. وأطلق البعض الآخر بما يعطيها المرونة لشمول المعاوضات الأخرى.

ج- ونخرج من هذه التعريفات بمختصر مفيد، هو: أن **التجارة: هي وسيلة التكسب بيعا وغيره من المعاوضات، ومعاوضة وغيرها من أنماط التكسب.**

٢- في الفقه:

قال الشهيد الثاني في (الروضة): "والمراد بها هنا (يعني التجارة): التكسب بما هو أعم من البيع".

وقال السيد الطباطبائي في (الرياض): « التجارة -في اللغة-: الكسب، وفي الشرع -على تعريف المصنف (يعني المحقق الحلي) وجماعة- : عقد المعاوضات بقصد الاكتساب عند التملك.

والمراد بها هنا الأعم منه ومن الخالي عن القصد المزبور كالمعاوضة للقوت، والادخار، إما إطلاقا لها عليه مجازا، أو إلحاقا للزايد عن مدلولها استطرادا ».

ويعني بهذا: أن التجارة تعني مطلق المعاوضة بيعا وغيره، بقصد الاكتساب وبدونه.

وفي (الجواهر ٢٢ / ٤) : « لكن المراد بها مطلق المعاوضة نحو قوله تعالى **{إلا أن تكون تجارة عن تراض}** كما عن (مجمع البحرين) قال: التجارة -بالكسر (كسر التاء)- هي انتقال شئ مملوك من شخص إلى آخر بعوض مقدر على جهة التراضي ».

وقال الأردبيلي في (الزبدة): « والظاهر أن المراد بالتجارة هي المعاملة على وجه التعويض مطلقا، أو البيع والشراء من غير قصد الربا ».

وقال الفاضل المقداد في (الكنز) :« والمراد بالتجارة: التملك بعقد معاوضة مالية محضة ».

وفي (الهداية) للشهيدي: « التجارة مصدر ثان لتجر يتجر تجرا وتجارة، والمعروف من موارد استعمالها في الفقه أربعة:

- مطلق المعاوضة ولو لغير استرباح (أي مع قصد الربح وبدونه).
- ومطلق المعاوضة لخصوص الاسترباح (أي بيعا كانت المعاوضة أو غيره).
- ومطلق البيع والشراء ولو لغير استرباح (أي بقصد الربح وبدونه).
- والاكتساب والاسترباح بخصوص البيع والشراء من بين أسباب الاكتساب (أي البيع والشراء بقصد الربح).

ولعل هذا الأخير هو الظاهر منها عرفا ».

والمعاني التي يمكننا أن نستخلصها من التعريفات الفقهية المذكورة في أعلاه، هي: أن التجارة تطلق على أحد المعاني التالية:

- مطلق التكسب، معاوضة وغير معاوضة.
- مطلق المعاوضة، بيعا وغير بيع.
- مطلق البيع، بقصد الربح وبدونه.
- التملك عن طريق عقد معاوضة مالية محضة.

والفرق بين هذا المعنى الأخير وسوابقه: أن المعنى الأخير يمثل نتيجة وأثر التصرف أو المعاملة.

أما المعاني السابقة عليه فإنها تعني العملية أي مباشرة العمل أو التصرف، أو قل: الفرق بينهما هو الفرق بين المصدر واسم المصدر.

والحق: أن التجارة من المفاهيم العرفية، فيرجع في معرفة تحديدها وحدودها إلى العرف.

على أن نأخذ بالاعتبار أن العرف يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، فما ذكره أهل اللغة من اعتبار التجارة وسيلة اكتساب بما يشمل جميع المعاوضات ولكن مع الاسترباح.

وما قصره بعضهم على البيع والشراء مطلقا أو بقيد قصد الربح.

وما يذكر الآن في الكثير من القوانين من شمولها لما يسمى بـ (تجارة الخدمات Service Trade) وهي: « تجارة غرضها بيع الخدمات كخدمات غسل الملابس وتنظيفها على البخار وإصلاح الأحذية وما شابه ذلك، تمييزا لها عن التجارة التي تقوم على بيع السلع والمنتجات كالأطعمة والملابس والبترين والسلع الاستهلاكية الأخرى »[1].

---

[1] معجم غطاس ٤٩٧.

وكذلك الاختلافات الفقهية في تحديدها من تكسب إلى معاوضة، إلى بيع.

كل هذا دليل على أنها مفهوم عرفي، أو قل: هي ظاهرة اجتماعية.

والخلاصة: أن المرجع في تحديدها هو العرف.

النص :

الآية **{يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاّ أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً}**.

المفردات :

الأكل. المال. الباطل. التجارة. التراضي.

ولأننا تناولنا ثلاثاً من المفردات تعريفاً توضيحياً، وهي مفردة (المال) التي عرضنا لها في مباحث المقدمة، ومفردة (التراضي) التي تحدثنا عنها ضمن نظرية العقد، ومفردة (التجارة) التي مر تعريفها في أول هذا البحث، نقتصر -هنا- على تعريف المفردتين الباقيتين وهما: الأكل والباطل.

(الأكل) – (لا تأكلوا):

لكلمة (الأكل) في لغتنا معنى حقيقي، هو ابتلاع الطعام مطلقاً، أو بقيد المضغ، وفي القرآن الكريم **{يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم}**.

وعلمياً: « الأكل **Eating**: عمل من أعمال التغذية، به يتناول الحيوان الغذاء بيده، أو بطرف من أطرافه، أو بهَنَةٍ من جسمه، ومن الحيوان ما يبتلع الغذاء كما هو، ومنه ما يقطعه بأسنانه، أو بأعضاء مشابهة للإنسان ».

وله أكثر من معنى مجازي، والذي يمثل المعنى المقصود من الأكل في الآية الكريمة هو: الاستباحة، وهي: أخذ المال بغير حق، يقال: (أكل مال غيره بغير

حق) إذا استباحه، وفي القرآن الكريم {إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً}.

ومن هنا فسره المولى الأردبيلي في (زبدة البيان) بالتصرف، قال في تفسير قوله تعالى {لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل}: « أي لا يتصرف بعضكم في أموال بعض بغير وجه شرعي مثل الربا والغصب والقمار ».

ووجه الفاضل المقداد في (كنز العرفان) أكل المال على تقدير إرادة الحقيقة منه بقوله: « وخُصَّ الأكل لأنه أعظم المنافع » ، وعلى تقدير إرادة المجاز بقوله: « أو من باب إطلاق الملزوم وإرادة اللازم وهو التصرف فيعم سائر التصرفات ».

ونخلص من هذا إلى أن أكل المال يعني التصرف به، فإذا كان بغير حق كان استباحة.

(الباطل):

الباطل ضد الحق.

والمقياس الفارق بين الحق والباطل عندنا -نحن المسلمين- هو الشريعة الإسلامية، فما قررته أو أقرته الشريعة الإسلامية فهو الحق، وما ألغته وأهدرت اعتباره فهو الباطل.

ولأن الباطل عُرّف في اللغة بأنه الظلم والتعدي، والشريعة لا تقر الظلم والتعدي، فكل تصرف هو ظلم هو باطل.

والآية الكريمة (آية التجارة) المذكورة، لأنها في معرض بيان أسباب ووسائل أكل المال والتصرف به، ولأنه قد يكون بغير حق يكون معنى الباطل في الآية (السبب الباطل) أو (الوسيلة الباطلة)، وهي التي حرمها الشرع «فيعم كل ما لم يبحه الشارع من الغصب والسرقة والخيانة والعقود الفاسدة، سواء اشتملت على

الربا أو لا، بل يكون فسادها بسبب آخر كما هو مذكور في الكتب الفقهية»[1].

« ويدخل في الباطل أيضاً ما لم يكن بعقد كالقمار وأجر الزانية وغير ذلك»[2].

والتعميم في الآية الكريمة **{لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل}** يشمل ما كان منهياً عنه حين نزول الآية، وما نهي عنه بعد ذلك، وما اشتمل على ما يستوجب تحريمه.

والآية -كما يفهم من ملابسات مضامينها- هي في صدد تقسيم وسائل التصرف بالمال إلى مشروعة وهي مثل التجارة عن تراضٍ، وغير مشروعة وهي المنهي عنها شرعاً.

شمولية النص:

الآية الكريمة من المطلقات التي يرجع إليها في معرفة المعاملات غير المشروعة والأخرى المشروعة.

فما كان منها مشمولاً لقوله تعالى **{لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل}** فهو المعاملة غير المشروعة، وما كان منها مشمولا لقوله تعالى **{إلاّ أن تكون تجارة عن تراض منكم}** فهو المعاملة المشروعة.

دلالة النص:

اختلف في نوع الاستثناء في الآية الكريمة هل هو متصل أو منقطع، وقرّب أكثرهم أنه منقطع لأن المستثنى غير داخل في المستثنى منه، وإنما « جيء به لدفع الدخل فإنه لما نهى عن أكل المال بالباطل -ونوع المعاملات الدائرة في المجتمع

---

[1] كتر العرفان ٢/٣٣.

[2] كتر العرفان ٢/٣٣.

الفاسد التي يتحقق بها النقل والانتقال المالي كالربويات والغرريات والقمار وأضرابها باطلة بنظر الشرع- كان من الجائز أن يتوهم أن ذلك يوجب انهدام أركان المجتمع وتلاشي أجزائها، وفيه هلاك الناس، فأجيب عن ذلك بذكر نوع معاملة في وسعها أن تنظم شتات المجتمع وتقيم صلبه وتحفظه على استقامته وهي التجارة عن تراضٍ).

يقول الشيخ المفيد في (المقنعة) : « قال الله -عز وجل- **{يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاّ أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم}**.

فنهى عن أكل الأموال بالباطل واستثنى المتاجرة من ذلك وجعلها حقاً يخرج به مستعملها من الباطل ».

ولكننا إذا رحنا نتعرف واقع اللغة العربية في العصر الجاهلي الذي نزل فيه القرآن الكريم سوف نرى أن كثيراً من مفاهيم وقواعد اللغة العربية بعد لما تستقر على ما انتهت إليه من تقعيد نحوي على أيدي الرواد الأوائل من نحاة العرب.

وعلى أساس منه فاستعمال (إلاّ) -هنا- كان لوظيفة الفصل بين الحرام والحلال في وسائل تداول الأموال بين الناس فما كان من التداول قائماً على وسائل غير مشروعة كالمراهنة في القمار، فهو الحرام، وما كان قائماً على وسائل مشروعة كالتجارة عن تراض، فهو الحلال.

وعليه: فمفاد الآية الكريمة: النهي عن استخدام الوسائل غير الشرعية في تقليب المال والتصرف فيه، وهي تلك الوسائل المنهي عنها شرعاً، والسماح باستخدام الوسائل المشروعة، وهي المباحة شرعاً كالتجارة عن تراض.

ونلمس هذا -أيضاً- في ظاهر ما أفاده السيد الخميني في توجيه تركيب الآية الكريمة، قال في كتاب (البيع ١/٦٢) : « الظاهر أن اسم الفعل الناقص هو الأموال و(تجارة) سادّة مسد الخبر، والمعنى: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالأسباب

والطرق الباطلة كالقمار والسرقة والخيانة ونحوها إلاّ أن تكون الأموال أموال التجارة أي الحاصلة بها)).

الاستدلال:

لا نحتاج -هنا- إلى أكثر من إثبات أن الآية الكريمة من المطلقات ليصح الرجوع إليها في مقام إثبات أو نفي شرعية المعاملة المالية.

ومتى ما تذكرنا ما يذكر في علم أصول الفقه من أن قوام الإطلاق هو شيوع اللفظ وسعته باعتبار ماله من المعنى وأحواله، مع توافر مقدمات الحكمة، رأينا هذا المبدأ صادقاً على (تجارة عن تراض) وبمكان من الوضوح.

ويكفينا -هنا- وفرة ما نقرؤه في كتب الفقه من الرجوع إلى الآية الكريمة باعتبار ما فيها من إطلاق.

ومنه ما قاله السيد الخميني في (البيع ٦٣/١) -وهو في مقام الاستدلال بها على صحة البيع- ونصه:((كما لا ينبغي الإشكال في إطلاقها سيما مع كون الاستثناء منقطعاً، إذ لا يأتي فيه ما ربما يقال في بعض الاستثناءات المتصلة إن المتكلم في مقام بيان المستثنى منه لا المستثنى، فإن ذلك في المنقطع بعيد، سيما في المقام، إذا قيّد التجارة بالتراضي منهما، وهو يؤكد كونه في مقام البيان)).

النتيجة:

والخلاصة: أن آية التجارة من المطلقات التي يرجع إليها في مجال المعاملات المالية.

قاعدة الوفاء بالعقود

النص :

الآية: {يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود}.

المفردات:

الوفاء (أوفوا) ، العقد (العقود).

ونظراً إلى أننا عرّفنا العقد وتبينا معناه في مبحث (نظريـــة العقـــد) لا أراني بحاجة إلى الإعادة هنا، وإنما علينا أن نتعرف المراد من (العقود) في الآية الكريمة.

اختلف في فهم المقصود بالعقود في الآية الكريمة، حتى كثرت الآراء فبلغـت الثمانية، كما أشار إلى هذا المولى النراقي في (العوائد) وأهمها ما يلي:

١- العقد الديني:

وهو الميثاق والعهد الذي أخذه الله من عبـاده: أن يؤمنـوا به، ويطيعـوه في مـا أمر به ونهى عنه.

قال النراقي في (العوائد): « العهود التي أخذ الله سبحانه على عباده: الإيمان به، وطاعته في ما أحل لهم أو حرم عليهم.

عن ابن عباس .. قال (هو ما أحل وحرم، وما فرض وحد في القرآن كلـه، فلا تتعدوا فيه ولا تنكثوه) ، يؤيده قوله تعالى **{والذين ينقضون عهد الله من بعـد ميثاقه ويقطعون ما أمر الله أن يوصل ويفسدون في الأرض أولئك لهـم اللعنـة ولهـم سوء الدار}** ...».

٢- عقود الجاهلية:

وهي الأحلاف التي كانت تقوم بين عرب الجاهلية يتعاقد بعضهم مع بعض على النصرة والمؤازرة والمظاهرة وردّ عادية من يريد لهم ظلماً أو يريد بهم سوءاً.

((قال قتادة، وروي عن ابن عباس، والضحاك، ومجاهد، والثوري)).

٣- العقود بين الناس:

وهي المعاملات التي تقوم بين الناس، مالية كالبيع، وغير مالية كالنكاح.

واختلفوا في هذه: هل المراد بها العقود المتداولة في عصر التشريع خاصة، أو أنها تشمل حتى المعاملات المستحدثة ؟.

قال بكل فريق.

هذه هي أهم المعاني المحتمل إرادتها من قوله تعالى (العقود). والملاحظ عليها:

١- أن العرب ما كانوا يفهمون أن العلاقة بينهم وبين الله تعالى هي من نوع العقود، أو أن العلاقة بينهم وبين الله تسمى عقداً، لأن هذا المعنى من المعاني العلمية غير البديهية، فلا تنتقل أذهان عامة الناس إليه.

٢- والحمل على المعنى الثاني يحتاج -لأجل أن يفهم أنه المراد من كلمة العقود- إلى قرينة، وحيث لم تقترن الكلمة بما يفسر المراد بما ذكر، تبقى الكلمة على عمومها سواء قدرت أداة التعريف فيها عهدية أو جنسية.

وعليه: يتعين إرادة المعنى الثالث، لأنه المفهوم عند العرب، ولأنه الظاهر من كلمة العقود بسبب شيوع الاستعمال فيه.

كما أن السياق يساعد على ذلك لمجيء الآية في سياق جملة من الآيات المبينة لجملة من الأحكام الشرعية.

فالآية في سياقها وأجوائها الاجتماعية هي من الخطابات التشريعية.

(الوفاء):

يقال -لغةً-: وَفَى ووفّ وأوفى، بمعنى واحد، وهي لهجات، قال طفيل الغنوي، وقد جمع بين (أوفى) و (وَفَى):

أما ابن طوقٍ فقد أوفى بذمته كما وَفَى بقلاص النجم حاديها

وفي القرآن الكريم {وإبراهيم الذي وفّى} ، {ومن أوفى بعهده من الله}.

ويقال: وَفَى فلان نذرَهُ وفاءً: أدّاه. ووَفَى زيدٌ خالداً حَقَهُ: أعطاه إيّاه.

ويقال: وفى بعهده: عمل به.

ويقال: أوفى بالوعد والعهد إيفاء، بمعنى وفى.

فالوفاء والإيفاء بمعنى واحد هو الالتزام الذي يتحقق من خلال المباشرات التالية: الأداء، الإعطاء، العمل.

فالوفاء بالعقد: الالتزام بالعمل بمضمون العقد، فإذا كان العقد لمعاملة مالية يتحقق الوفاء به بتناقل وتبادل العوضين.

وأهم التفسيرات الفقهية التي ذكرت لمعنى الوفاء، هي:

١- أن معنى الوفاء هو اللزوم في مقابل الجواز، وعبّر عنه في (العوائد) بقوله: « منهم: من يفسر الأمر بالوفاء على لزوم نفس العقد ووجوب الالتزام به، إلا إذا تحقق ما يرفع لزومه شرعاً، فيكون منافياً لجواز العقد ».

وهؤلاء القائلون بهذا، هم الذين استدلوا بالآية الكريمة على أن الأصل في العقود اللزوم.

وهذا الأصل من الأصول التي يرجع إليها في مقام الشك في طبيعة العقد، هل هو من العقود اللازمة أو الجائزة، فيحمل على اللزوم ببركة هذا الأصل.

٢- أن معنى الوفاء هو العمل وفق مقتضى العقد.

ويلتقي هذا المعنى مع المعنى اللغوي، وهو الرأي المشهور بينهم، وممن ذهب إليه السيد الخميني في (البيع) -١/٧٠ - قال: « ثم إن معنى الوفاء بالعهد والنذر

والعقد ونحوها هو العمل على طبق مقتضياها، فإن كان المقتضَى العمل الخـاص، مثل نذر صوم وصلاة يكون وفاؤه بإتيان المنذور، لا عدم فك النذر والعهد، وإن كان مقتضاها عرفاً تسليم العوضين يكون الوفاء به، لا بعدم فسخها، فمـن لم يفسخ عقد البيع، ولم يعمل على مقتضاه بتسليم العين لا يقال عرفـاً إنـه وفى بعقده، لأنه لم يفسخه وإن لم يعمل على مقتضاه ».

وبه فسره البيضاوي أيضاً -في ما حكي عنه- قال: « الوفاء: هو القيـام بمقتضى العقد، وكذلك الإيفاء ».

واستعمال الأمر (أوفوا) قرينةُ ذلك، لأن العقود تشمل اللازمة والجائزة.

ومحاولة إخراج الجائزة ليصح الاستدلال بالآية الكريمة على اللزوم لاستفادة أصالة اللزوم منها، تكلف لا موجب له، لاسيما أن اللغة والعـرف يفيـدان أن الوفاء بالعقد هو العمل بمضمونه.

فالوفاء -إذاً-: هو العمل بمقتضى العقد.

أو قل: الوفاء يدل على الالتزام، لا على اللزوم، والفرق بينهما أن الالـتزام يكون من العاقد، واللزوم يكون في العقد.

شمول النص :

من المعلوم -أصولياً- أن من صيغ العموم الجمع المحلى بأل.

وتختلف شمولية العقود -هنا- باختلاف مدلول (أل) التعريفية، فإن حملـت على العهد، كان شمولها قاصراً على العقود المعهودة والمعروفة لـدى النـاس في عصر التشريع.

وإن حملت على الجنس وسع شمولها كل ما يصدق عليه أنه عقد عرفاً، فتعم المعاملات المالية المستحدثة.

ولأن الآية الكريمة جاءت في مقام بيان التشريع، والتشريع لا يختص بـأهل ذلك الزمان، وإنما هو ممتد حتى آخر الزمن تحمل (أل) في كلمة (العقود) على الجنسية، فتكون بهذا شاملة لجميع العقود العرفية، القديمة والحديثة.

دلالة النص :

بعد أن عرفنا أن المراد من الوفاء أو الإيفاء في عبارة (أوفوا) هو الأمر بالإلتزام بالعمل وفق مضمون العقد، وأن المراد بالعقد المعاملات العرفية القائمة بين الناس قديماً وحديثاً، يكون معنى الآية: وجوب التزام كل طرف من طرفي العقد أمام الطرف الآخر بالعمل بمقتضى العقد.

وقلتُ: وجوب، لأن (أوفوا) أمر لم يقترن بما يصرفه عن الدلالة على الوجوب فيحمل عليه.

الاستدلال :

بعد أن تبينّا دلالة الآية الكريمة وظهورها في العموم المذكور تكون حجة في جميع ما تصدق عليه من مفردات، وتعطيه شرعية العمل به.

غير أن المستفاد من واقع تعامل الفقهاء في مجال الاستدلال أن لهم موقفين، هما:

- الاستدلال بها.
- ترك الاستدلال بها.

وحجة هؤلاء التاركين أن الآية مجملة.

ولكن رأينا -في ما سبق- أنها نص مبين، فلا إجمال فيها يوقف عن الأخذ بمدلولها.

يقول النراقي في (العوائد) -ص٤-: « ثم إن فقهاءنا الأخيار (ره) في كتبهم الفقهية بين تارك للاستدلال بتلك الآية لزعم إجمالها » وآخر مستدل بها.

واختلف المستدلون بها في محط الاستدلال، وكالتالي:

١. يستدل بها على أصل حلية كل ما كان عقداً عرفاً.

واختلفوا الذاهبون إلى هذه الوجهة على رأيين، هما:

أ- قصر الاستدلال بها على العقود المتداولة في عصر التشريع.

ب- تعميمها لكل العقود: المتداولة في عصر التشريع، والمستحدثة بعده.

٢. يستدل بها في مجال تصحيح ما يشك فيه بأصل العقد من اشتراط شيء فيه، أو وجود مانع من تأثيره، ونحو ذلك.

واختلف الذاهبون إلى هذه الوجهة على الرأيين السابقين في سابقه:

أ- فقصر بعضهم ذلك على العقود المتداولة.

ب- وعممه البعض الآخر إلى ما يشمل العقود المستحدثة أيضاً.

والفارق بين الرأيين الرئيسيين، هو:

- أن الرأي الأول منصب على أصل العقد لإثبات مشروعيته.
- والثاني يتجه إلى عقد سبق أن ثبتت شرعيته، ولكن شك في شروطه وموانعه أو شأن آخر من شؤونه، فيتمسك بالآية الكريمة لإثبات صحته.

فمحط الاستدلال في موضعين، هما:

١. أصل العقد -في الرأي الأول- لإثبات شرعيته.

٢. شؤون العقد -في الرأي الثاني- لإثبات صحته.

ورأينا من خلال ما انتهينا إليه من تحديد دلالة الآية الكريمة: أن محط الاستدلال هو أصل العقد الذي شمله اعتبار العرف، لأجل إثبات مشروعيته.

كما أنه يمكننا التمسك بها في محط الاستدلال الثاني لإثبات صحة العقد.

واستدل على معنى الوفاء المذكور (وهو الالتزام بالعمل وفق مضمون العقد) ببناء العقلاء، وخلاصة الاستدلال: أن للعقد دلالتين: مطابقية والتزامية، ذلك أن العقد في نظر العرف يدل على مضمونه (وهو النقل والانتقال في المعاملات المالية).

ويدل بالدلالة الالتزامية على تعهد والتزام كل طرف من طرفي العقد بالعمل وفق ذلك المضمون. وهو من الأمور المعروفة من تعامل الناس بالبداهة.

النتيجة :

والخلاصة: إن الآية من العمومات التي يرجع إليها لإثبات حلية ومشروعية ما ثبت أنه عقد عرفاً سواء كان من العقود المتداولة أو الأخرى المستحدثة.

وأيضاً: هي مما يتمسك به في مقام الشك لإثبات الصحة.

قاعدة اللزوم

التعريف :

لا نستطيع أن نتبين معنى اللزوم في العقود إلاّ من خلال تقسيم العقد على أساس من مستوى التزام وتعهد كل من الطرفين به.

وبتعبير آخر:

عرفنا في مبحث قاعدة الوفاء أن المراد بالوفاء التزام كل من طرفي العقد بالعمل بمضمون العقد كالتزام كل طرف بتسليم العوض إلى الطرف الآخر.

أو قل: التزام كل طرف من الطرفين بترتيب آثار العقد.

فما هو مستوى هذا الالتزام ؟

هل يصل إلى حد عدم جواز حَلِّ عقدة العقد من قبل أحد الطرفين بغير رضا الطرف الآخر.

أي إن العقد كما تم برضى الطرفين، لا ينحل ولا ينفسخ إلا برضى الطرفين أيضاً.

أو أنه لا يصل إلى هذا الحد من المستوى، فيجوز لكل طرف التحلل والفسخ.

وواضح من هذا: أن العقد ينقسم إلى قسمين، وقبل أن نسمي كل قسم ونعرّفه لابد من تعريف بعض المفاهيم أو المصطلحات ذات العلاقة بموضوعنا هذا، وهي:

الالتزام. اللزوم. الفسخ.

(الالتزام):

تقدم أن عرفنا معنى الالتزام في مبحث قاعدة الوفاء، وهو تعهد كل طـرف من طرفي العقد بترتيب ما يلزمه من أحكام أمام الطرف الآخر.

(اللزوم):

عرّفه السيد البجنوردي في (القواعد الفقهية ١٦٣/٥) بقوله: « والمراد مـن اللزوم: هو عدم جواز حَلّ العقد من أحد الطرفين بدون رضاية الطرف الآخـر ».

(الفسخ):

معنى الفسخ -لغةً- النقض.

وفي المصطلح الفقهي: الفسخ: هو حَلّ العقد والتحلل من قيـد الالـتزام بالعمل بمضمونه، وذلك بعدم ترتيب أحكامه وآثاره.

وبعد هذا نقول:

ينقسم العقد إلى قسمين: لازم وجائز.

١. العقد اللازم:

هو العقد الذي لا يجوز لأي من طرفي العقد فسخه إلاّ برضـى الطـرف الآخر.

ويسمى الفسخ بالتراضي إقالة وتقايلاً.

يقال: تقايل البيعان: أي رضي كل واحد منهما بإلغاء البيع ورجوع كـل عوض إلى صاحبه السابق.

٢. العقد الجائز:

هو العقد الذي يجوز لكل واحد من الطرفين أن يرجع فيه ويفسخه من غـير توقف على رضا الطرف الآخر.

محور البحث :

ومحور البحث في هذه المسألة هو تحديد وتعيين الأصل الذي يرجع إليه في مقام الشك في عقدٍ، هل هو من العقود اللازمة فلا يجوز فسخه أو هو من العقود الجائزة فيجوز حَلُّه.

مفاد القاعدة :

والذي تبانى عليه الفقهاء تبعاً لتباني العقلاء -كما سيأتي- هو أن الأصل في العقود اللزوم.

فمفاد القاعدة: أن أي عقد يشك في مستوى الالتزام به يحكم عليه بأنه عقد لازم وترتب عليه آثار العقد اللازم.

نص القاعدة :

ونص القاعدة هو: **كل عقد لازم إلاّ ما استثني** .

وذلك لأن الحياة الاجتماعية قائمة على هذا فـ « اللزوم فكرة أساسية ضرورية في العقود، ولولاها لفقد العقد أهم مزاياه في بناء الأعمال والحياة الاكتسابية »[1].

والمستثنيات هي:

١. العقود الجائزة من أصل تشريعها كالشركة والمضاربة.

٢. العقود اللازمة عند تعلق الخيار بها.

ويأتي توضيح هذا في مواضعه.

الدليل :

بعد أن عرفنا نص القاعدة ومجال تطبيقها، نحاول الآن معرفة الدليل الذي يعطيها شرعيتها.

---

[1] المدخل الفقهي العام ١/٤٤٤.

استدل لإثبات شرعية هذه القاعدة ببناء العقلاء، وبالعمومات والإطلاقات اللفظية الشرعية.

بناء العقلاء:

يقول السيد البجنوردي (ص١٦٦ ج٥): « إن مقتضى الأصل الأولي في كل عقد هو اللزوم، وعدم نفوذ الفسخ من كل واحد من المتعاقدين ». والدليل على ذلك « هو بناء العقلاء في عهودهم وعقودهم على لزوم الوفاء والبقاء عند التزامه بحيث لو رفع (أحد الطرفين) اليد عما التزم (به) من عقده وعهده، يرونه ناقضاً لالتزامه وتعهده، ويذمونه على ذلك، والشارع لم يردعهم عن هذه الطريقة، بل ألزمهم ذلك ».

وظاهر ما ذكره (قدس سره) يدل على الالتزام لا على اللزوم، وذلك لأن الناس يعرفون أن العقود على نوعين: لازمة لا يدخلها الفسخ، وجائزة يسوغ التحلل منها، ومنهم استفدنا هذا التنويع، فإذا كانوا يرون رفع اليد نقضاً، فإنهم يرونه نقضاً للالتزام إن صدر من أحد الطرفين دون الآخر، ونقضاً للزوم إذا كان العقد في حد ذاته لازماً، أما إذا كان جائزاً فلا يرون رفع اليد نقضاً له، لأنه جائز، ولكل طرف الحق في رفع يده وإلغاء عقده.

والمفارقة نشأت عند المستدلين ببناء العقلاء على اللزوم من أنهم سلكوا في الاستدلال الطريقة الاستنتاجية.

والمفروض أن يسلكوا في مثل المقام الطريقة الاستقرائية لأن المسألة هنا تتطلب معرفة واقع تعامل الناس مع العقود، وهو شيء حسي لا يتوصل إليه بالتفكير الشخصي فالاستنتاج، وإنما الطريق السوي لمعرفته هو الاستقراء.

وإذا رحنا نستقرئ الواقع الاجتماعي سوف نرى الناس يفرقون في التعامل بين اللازم والجائز، ففي الأول يرفضون الفسخ وفي الثاني يسوغون الفسخ

ويقومون به. وإذا رجعنا إلى إحصائية الشهيد الأول في (القواعد والفوائد) – ٢٤٣/٢– سوف نرى أن العقود اللازمة تسعة والجائزة تسعة أيضاً، والتي هي بين الاثنين ستة.

وهذا يعني أنه لا توجد كثرة كاثرة في جانب حتى يعتبر هو الأصل، والآخر خروجاً عليه واستثناء منه.

وعليه: فالمسألة لا تعدو أن تكون اتفاقاً من الفقهاء لا تبانياً من العقلاء فلنلتمس المطلوب في الأدلة الأخرى لعل فيها ما يرشد إليه.

العمومات والإطلاقات:

أُستدل بأكثر من نص لفظي شرعي بين آية ورواية، وأهمها: آية الوفاء: **{يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود}**.

بتقريب أن المراد من وجوب الوفاء هو البقاء على العقد وعدم الرجوع عن الالتزام به (لا وجوب العمل بما التزم به، نعم وجوب العمل بما التزم به من آثار البقاء على عهده وحفظ تعهده والتزامه) [1].

وهذا البقاء هو اللزوم.

وتقدم في مبحث قاعدة الوفاء أن من معاني الوفاء –لغة وعرفاً– هي: أداء المطلوب من الإنسان، وأن يعطي الآخرين حقوقهم، والقيام بالعمل المراد منه، وليس من معانيه: البقاء.

وإخال أن الذي فهمه المستدل من معنى الوفاء هو عدم مخالفة المقصود، وذلك بأن يستمر المتعاقدان بالتزامهما، وهذا الاستمرار هو اللزوم.

وهذا حاصل في نوعي العقد اللازم والجائز، مع الاختلاف في مستوى الالتزام، حيث مواصلة الاستمرار في العقود اللازمة لأن طبيعة كونها لازمة

---

[1] البجنوردي ٥ /١٧٥.

تقتضي ذلك، والوقوف به ما دام الوقوف جائزاً في العقود الجائزة، لأنها قامت على هذا.

فليس في الآية الكريمة دلالة مباشرة على أكثر من الالتزام، والاستمرار به ما دام الاستمرار مطلوباً، والوقوف به عندما يكون الوقوف جائزاً.

ولا أرى فائدة في ذكر بقية الأدلة من العمومات والاطلاقات لأن فهم دلالتها على اللزوم - إن تمت - قائم على الاستنتاج العقلي وهو تحميل للنص اللفظي بأكثر مما يتحمل.

والذي يمكن أن يقال -هنا- إن آية الوفاء بالعقود فيها دلالة على اللزوم غير مباشرة، وذلك بتقريب أنها تدل بشكل مباشر على وجوب الالتزام بمقتضى العقد وهو العمل بمضمونه.

وطبيعة الالتزام -بما هو التزام- تقتضي الاستمرار إلاّ فيما استثني بالدليل.

وعلى هديه يمكننا أن نستفيد القاعدة من الآية الكريمة بالتقريب المذكور.

هذا من ناحية نظرية.

أما من ناحية التطبيق فلا تصل النوبة في التعامل مع العقود إلى هذا الأصل، لأن العقود -كما قدمت- هي من المفاهيم العرفية، والناس عندما يخترعون معاملة عقدية يحملونها وتحمل معها جميع شؤونها، فاللازمة توضع لازمة، والجائزة توضع جائزة.

وإذا طرأ تحوُّل للمعاملة العقدية من حال إلى أخرى، هو أيضاً من الشؤون التي تفهم عرفاً وتعرف عند جميع الناس، فلا نحتاج إلى أن نفكر تفكيراً شخصياً انفرادياً ثم نستنتج في ضوء المبادئ الفلسفية التي -غالباً- تحمل النص اللفظي بأكثر مما يتحمل ويحتمل، فتفسد على ذلك النص المسكين دلالته، وتفقده معناه الأصيل الذي هو أعز ما يملك.

وقد استدل غير واحد من فقهائنا بالآية الكريمة على اللزوم، منهم[1]:

• الشهيد الثاني في (المسالك) شرحاً لقول المحقق في الشرائع (والإجارة عقد لازم)، قال: «لزوم عقد الإجارة موضع وفاق، وعموم الأمر بالوفاء بالعقود يتناوله».

• الشيخ الطوسي في (الخلاف) -باب الإجارة- قال: « إنها من العقود اللازمة، متى حصل لم يكن لأحدهما فسخ الإجارة.

• دليلنا: أن العقد قد ثبت ... وأيضاً قوله تعالى {أوفوا بالعقود} فأمر بالوفاء بالعقود، والإجارة عقد، فواجب الوفاء به".

• السيد العاملي في (مفتاح الكرامة) شرحاً لقول العلامة في (القواعد) - باب المزارعة-: (وهو عقد لازم من الطرفين) قال: « إجماعاً كما في (جامع المقاصد) و (المسالك) و (مجمع البرهان) ... لأن الأصل في العقود اللزوم، إلاّ ما أخرجه الدليل للأمر بالوفاء بالعقود في قوله تعالى: أوفوا بالعقود».

وقت اللزوم :

ومن المسائل التي أثيرت -هنا- مسألة الوقت الذي يتحقق فيه اللزوم في العقود اللازمة.

وفي المسألة مذهبان:

١. مذهب يقول: إن اللزوم يتحقق عند تمامية الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما.

٢. وآخر يذهب إلى أن اللزوم يتحقق بعد انتهاء أمد الخيار.

والضوء الذي يمكن أن يلقى على هذين الرأيين هو أننا أوضحنا أن العقد اللازم هو الذي لا يجوز للعاقد فسخه بغير رضا العاقد الآخر، وفي حالة الخيار

---

[1] انظر: القواعد الفقهية، للشيخ مكارم الشيرازي ط٣ ج٢ ص٣٢٠-٣٢١.

هناك خيار للعاقد في الفسخ، ومعنى هذا أنه لا يوجد -في البين- لزوم، لأنه لو كان موجوداً لما صح أن يعطى الخيار للعاقد.

فاللزوم -على هذا- لا يتحقق إلاّ بعد انتهاء أمد الخيار.

قاعدة الشرط

النص :

الحديث: **(كل شرط لا يحرم حلالا ولا يحلل حراما فهو جائز).**

الحديث: **(كل شرط خالف كتاب الله فهو رد).**

الحديث: **(كل شرط خالف كتاب الله -جل وعز- فلا يجوز).**

السند:

رويت هذه الأحاديث وأخرى مثلها بكثرة بلغت حد الاستفاضة.

وتلقاها العلماء بالقبول.

وتسالموا على بداهة دلالتها على المطلوب، وضرورة الأخذ بها والاعتماد عليها.

النص أيضا:

وصاغ العلماء ضوابط أخرى أفادوها من معطيات وملابسات الأدلة والفتاوى، هي:

- (أن لا ينافي الشرط مقتضى العقد).
- (أن يكون في الشرط مصلحة معتد بها عند العقلاء).

وسوف نأتي على دراستها، وعلى عرض أخرى غيرها وبحثها لنستخلص منها القاعدة، ولكن بعد أن نتعرف معنى الشرط، ومحور بحثنا منه وفيه.

تعريف الشرط

في اللغة :

تنطق كلمة (الشرط) بفتح الشين المعجمة وسكون الراء المهملة.

وتلتقي تعريفات المعجميين العرب عند ملتقى واحد، هو لابد من توفر عنصر الإلزام أو الالتزام فيه.

فعُرّف -على هذا- بـ (إلزام شيء والتزامه).

وعُرّف بـ (الإلزام أو الالتزام بشيء).

وللفرق بين هذين التعريفين لابد من توضيح معاني الأفعال التي تلقي الضوء على ما ذكر من الإلزام والالتزام، وهي:

(شَرَطَ) : -الفعل الماضي- يستعمل هذا الفعل بمعنى (ألزم) قال في (الهادي): « شَرَطَ الشاري على البائع: ألزمه شيئاً فيه حتى إذا لم يُستَوْفَ الشرط بطل البيع ».

(شَارَطَ) : -ماض بزيادة ألف المفاعلة الدالة على المشاركة- يستعمل هذا الفعل بمعنى الإلزام والالتزام، يقال (شارط الرجلُ صاحبَهُ: ألزم كل منهم الآخر بشرط)، ويقال (شارطه، أي عاهده في المعاملة على أمر يلتزم به).

(اشترط) : -ماض على زنة افتعل- بمعنى (شَرَطَ) ، فإذا عُدّي بالحرف (على) هو بمعنى (ألزم) نحو (اشترط الرجل على صاحبه كذا) أي: ألزمه بكذا .. وإذا عُدي بالحرف (اللام) يكون بمعنى (التزم) نحو (اشترط الرجلُ لصاحبه على نفسه كذا) أي: التزم له بكذا.

كما لابد من التفرقة -مسبقاً- بين الشرط (المصدر) الذي يعني عملية الاشتراط أو المشارطة، وبين الشرط (اسم المفعول) وهو الشيء المشروط، أو قل: الشيء الملزم به والملتزم به.

وبعد هذا نقول: إن التعريف الأول انصب على صدور التعهد من الطرفين، ألزم أحدهما الآخر بشرط فالتزم به الآخر.

أما التعريف الثاني فهو ناظر إلى صدور التعهد من طرف، ورضى الطـــرف الآخر به.

يلزم أحدهما الآخر بشرطٍ على أن يلتزم للآخر به أو أن يلتزم أحدهما للآخر بشرطٍ فيرضى الآخر بهذا الالتزام .

وعلى كلا التقديرين:

فالشرط (المصدر) : هو تعهد من الطرفين بالالتزام بشيء.

والشرط (اسم المفعول) : هو الشيء المتعهد به أو الملتزم به.

في الفلسفة :

اختار (المعجم الفلسفي) -المجمعي- لإيضاح معنى الشرط فلسفياً تعريـــف الجرجاني في (التعريفات)، ونصه:

« الشرط: تعليق شيء بشيء بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني.

وقيل:

الشرط: ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن ماهيته ولا يكـون مؤثراً في وجوده.

وقيل:

الشرط: ما يتوقف الحكم إليه ».

في علم أصول الفقه:

عرّفه النراقي في (العوائد) بقوله: « الشرط الأصولي وهو: ما يلزم من عدمـه عدم المشروط[1]، ولا يلزم من وجوده وجوده ».

---

[1] الأصوب أن يقال (المشروط فيه) لأنه الشيء الذي قيد بالشرط. أما (المشـــروط) فـــهو الشـــرط نفسه استعمـــل

ومنه اشتهرت بينهم المأثورة القائلة (المشروط عدم عند عدم شرطه).

في الفقه:

عُرّف الشرط فقهياً بـ (ما لا يتم الشيء إلاّ به، ولا يكون داخلاً في حقيقته).

والشق الثاني من هذا التعريف وهو (ولا يكون داخلاً في حقيقته) يُفرّق فيه بين الشرط والجزء حيث يعتد الجزء عنصراً داخلاً في حقيقة الشيء.

وعرّفه البيضاوي في (المنهاج) بـ « ما يتوقف عليه تأثير المؤثر لا وجوده».

أي لا يتوقف عليه وجود الشيء لأنه ليس جزءاً من حقيقته، ولكن يتوقف عليه تأثير الشيء فمعه يؤثر الشيء أثره، وبدونه لا يحقق أثره.

والذي يهمنا -هنا- هو أن نعرف معنى الشرط في اللغة والعرف، وذلك لأننا نبحث عنه في المعاملات وهي مفاهيم عرفية.

والظاهر أن العرف يذهبون مذهب اللغويين في فهمهم لمعنى الشرط بأنه تعهد من المتعاملين بشيء.

قد يكون ذلك التعهد من الطرف الأول يُلزم به الطرف الثاني فيلتزم به الثاني.

وقد يكون من الثاني يلتزم به فيرضى الأول به.

بصيغة اسم المفعول لا بصيغة المصدر (الشرط) الذي يراد به اسم المفعول. ولكن لكثرة استعمال الشرط بمعنى المشروط كالخلق بمعنى المخلوق واللفظ بمعنى الملفوظ اشتهر به ونسي معه لفظ المشروط، وتحول إلى المشروط

فيه، وأصبح إذا أطلق لفظ المشروط يفهم منه المشروط فيه. ولهذا فمن الأصوب أن يقال المشروط فيه دفعاً للالتباس.

كما أن العرف يفهم أن للشرط دورا في تأثير المعاملة أثرها من النقل والانتقال، إذا استوفي الشرط أثرت المعاملة أثرها، وإذا لم يستوف لا يتحقق أثر المعاملة.

وعليه:

فالشرط: تعهد بشيء يتوقف عليه تأثير العقد في تحقيق مضمونه.

محط البحث :

تقدم في مبحث نظرية العقد أن بحثنا شروط المتعاقدين وشروط العوضين.

فما هو الشرط الذي يبحث فيه هنا ؟

أن محط البحث -هنا- هو الشرط الذي يذكر في ضمن العقد، وذلك لأن الشرط بمعناه الذي تقدم بيانه إذا نظرنا إليه من خلال واقعه الاجتماعي سوف نراه يشمل نمطين من الشروط، هما: الشروط الابتدائية، والشروط الواقعة في ضمن العقد، ولنسمها الشروط العقدية.

١. الشرط الابتدائي:

ويراد به ذلك الشرط الذي يلزم الإنسان به لا في ضمن عقد، ويعرف في لغة الفقه بالشرط غير المربوط بشيء.

٢. الشرط العقدي:

هو الشرط الذي يتم الالتزام به ضمن عقد من العقود.

ومن هذين التعريفين نتبين أن التقسيم المذكور هو للشرط الاسم المصدري (المشروط)، لأنه هو المفهوم من إطلاق لفظ (الشرط) لدى العرف.

وعليه: يكون محور بحثنا هذا، هو (الشرط) بمعنى الاسم المصدري أو قل: هو المشروط.

كما أن المفهوم -عرفيا- من لفظ الشرط عند إطلاقه هو الشرط العقدي.

وفي ضوئه: يتعين أن موضوع بحثنا هو (الشرط العقدي) أي الشرط الـذي يقع ضمن العقد أو قرينه.

نوعية الشرط:

وتقدم أن نوعنا الشرط إلى:

- **شرط وجوب.**
- **وشرط صحة.**

ومن البديهي أن يكون الشرط المبحوث عنه -هنا- من نوع شروط الصحة لتعلقه بالعقد، وليس بالعاقد (المكلف).

تنويع شروط الصحة:

ويتنوع شرط الصحة وفق الحكم الوضعي الذي ينطبق عليه من خلال الشروط التي تشترط فيه وله، إلى:

- **شرط صحيح،** ويسمى بالشرط الجائز أيضا.
- **وشرط باطل** ويطلق عليه -أيضا- غير جائز.

والتسمية بالجواز واللاجواز مأخوذة من الحكم الشرعي مباشرة فالجائز يعني الجائز شرعا، وغير الجائز يعني غير الجائز شرعا.

أما التسمية بالصحة كعنوان لجميع الشروط هنا فإنها تسمية تغليبية، غلب فيها عنوان الصحة على البطلان.

الشروط كما ذكرها الفقهاء :

وسأذكر -أولا- ما ذكره صاحب العوائد وصاحب المكاسب من الشروط لصحة الشرط، مع الإشارة إلى الدليل الذي ذكراه قرين كل بند، ثم أحاول -ثانيا- إلقاء الضوء عليها لاستخلاص ما يسلمنا البحث إليه.

قال النراقي في (العوائد ٤٦-٥٠) : « المبحث الثالث في بيان ما يجوز من الشرط وما لا يجوز.

وجملة ما ذكروا عدم جوازه، ووقع التعبير عن غير الجائز في عباراتهم أربعة:

١. الشرط المخالف للكتاب والسنة.

٢. والشرط الذي أحل حراما أو حرم حلالا.

٣. والشرط المنافي لمقتضى العقد.

٤. والشرط المؤدي إلى جهالة أحد العوضين ».

ثم ذكر دليل كل واحد من هذه الشروط الأربعة، وهو باختصار، وربما بشيء من التصرف:

قال: « أما الأول: فعدم الاعتداد به مجمع عليه، وفي المستفيضة تصريح به ».

ثم قال: « وأما الثاني -أي الشرط الذي أحل حراما أو حرم حلالا-: فعدم الاعتداد به -أيضا- منصوص عليه في موثقة إسحاق بن عمار (الآتية) فلا إشكال في عدم الاعتداد به».

وقال: « وأما الثالث -وهو الشرط المنافي لمقتضى العقد- فللتعارض الذي يحصل بين الوفاء بالشرط وما يقتضيه العقد ».

« وأما الرابع -وهو الشرط المؤدي إلى جهالة أحد العوضين- : فعدم الاعتداد به لإيجابه بطلان العقد الموجب لبطلان الشرط ».

وما ذكره الشيخ الأنصاري في (المكاسب ٢٧٥-٢٨٢) تحت عنوان (الكلام في شروط صحة الشرط) سأذكره بعبارته أو عبارة السيد البجنوردي في (القواعد الفقهية ٢٣٥/٣ وما بعدها)، وقد يكون بشيء من التصرف:

(**الأول**): أن يكون (الشرط) مقدورا للمشروط عليه بمعنى أن الذي يلتزم به المشروط عليه للمشروط له يكون إيجاده داخلا تحت قدرته إن كان الشرط (الذي) التزم به من الأفعال، (أو يكون تسليمه مقدورا له).

والوجه في اشتراط الشرط المذكور -مضافا إلى عدم الخلاف فيه- (أن يكون المشروط عليه قادرا على الوفاء بالشرط ليفرغ ذمته من عهدة ما اشتغلت به من التزام للمشروط له).

(**الثاني**): أن يكون الشرط سائغا شرعا، فلا يجوز اشتراط جعل العنب خمرا ونحوه من المحرمات لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم.

ويدل عليه: (المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا) ، فإن الشرط إذا كان محرما كان اشتراطه والالتزام به إحلالا للحرام، وهذا واضح لا إشكال فيه.

(**الثالث**): أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء، وإن لم تكن له مالية: أي أن العقلاء لا يبذلون بازائه المال.

والوجه في اشتراط هذا الشرط: هو أنه إن لم يكن كذلك يكون لغوا، وأدلة وجوب الوفاء بالشروط تكون منصرفة عن مثل هذا الشرط.

(**الرابع**): أن لا يكون مخالفا للكتاب والسنة.

فلو اشترط رقية حر، أو توريث أجنبي،كان فاسدا، لأن مخالفة الكتاب والسنة لا يسوغها شيء.

إن الأخبار في هذا المعنى مستفيضة ، بل متواترة معنى .

(**الخامس**): أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد.

(ومتى كان الشرط منافيا لمقتضى العقد فإنه لا يصح، وذلك للسببين التاليين):

أحدهما: وقوع التنافي في العقد المقيد بهذا الشرط بين مقتضاه الذي لا يختلف عنه وبين الشرط الملزم لعدم تحققه، فيستحيل الوفاء بهذا العقد مع تقييده بهذا الشرط، فلا بد أن يحكم بتساقط كليهما، وإما أن يقدم جانب العقد لأنه المتبوع المقصود بالذات، والشرط تابع، وعلى كل تقدير لا يصح الشرط.

الثاني: أن الشرط النافي مخالف للكتاب والسنة الدالين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه، فاشتراط تخلفه عنه مخالف للكتاب، ولذا ذكر في (التذكرة): أن اشتراط عدم بيع المبيع مناف لمقتضى ملكيته فيخالف قوله (ص) (الناس مسلطون على أموالهم).

(**السادس**): أن لا يكون الشرط مجهولا جهالة توجب الغرر في (المعاملة التي اشترط فيها معلومية العوضين كالبيع) لأن الشرط في الحقيقة كالجزء من العوضين، قال في (التذكرة): وكما أن الجهالة في العوضين مبطلة، فكذا في صفاتهما ولواحق البيع، فلو شرط شرطا مجهولا بطل البيع.

(**السابع**): أن لا يكون الشرط مستلزما لمحال، كما لو شرط في البيع: أن يبيعه على البايع، فإن العلامة قد ذكر -هنا- أنه مستلزم للدور، قال في (التذكرة): لو باعه شيئا بشرط أن يبيعه إياه لم يصح، سواء اتحد الثمن قدرا وجنسا ووصفا أو لا، وإلا أوجب الدور لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه فيدور.

(**الثامن**): أن يلتزم بالشرط في متن العقد، فلو اتفق المتعاقدان على الشرط قبل العقد لم يكف ذلك في التزام المشروط به على المشهور، بل لم يعلم فيه خلاف عدا ما يتوهم من ظاهر (الخلاف) و(المختلف)، لأن المشروط عليه إن أنشأ إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كان إلزاما ابتدائيا لا يجب الوفاء به

قطعا، وإن كان أثره مستمرا في نفس الملزم إلى حين العقد، بل إلى حين حصول الوفاء وبعده، نظير بقاء أثر الطلب المنشئ في زمان إلى حين حصول المطلوب».

وأضاف السيد البجنوردي إلى هذه الشروط الثمانية شرطا تاسعا هو التنجيز، قال:

« **التاسع** –ربما يقال إنه من شرائط صحة الشروط– التنجيز ».

وأن يكون الشرط تنجيزيا لا خلاف فيه بينهم، وإنما وقع الخلاف بينهم في الشرط التعليقي، فجوزه بعضهم، ومنعه آخرون.

وممن ذهب إلى الجواز أستاذنا الشيخ زين الدين، قال في (الكلمة – البيع: مسألة ٢٦١):«الظاهر صحة الشرط ونفوذه حتى إذا وقع معلقا، فلا يشترط في صحته التنجيز ومثال ذلك: أن يبيع النجفي دارا يملكها في كربلاء، ويشترط البائع على المشتري أن له السكنى في الدار شهرا إذا اتفق له فسافر إلى كربلاء في شهر ذي الحجة أو في شهر محرم، فيصح الشرط، ويجب على المشتري الوفاء به، فيمكنه من سكنى الدار إذا حصل الأمر الذي علق شرطه عليه ».

والفرق بين التنجيز والتعليق هو:

• أن الشرط التنجيزي زائد على أصل الفعل، ولكنه غير مشكوك الوقوع.

• والشرط التعليقي يدخل في أصل الفعل ويقترن بأداة الشرط، مع كون المعلق عليه مرددا بين أن يقع أو لا يقع.

وبعد:

فهذه هي شروط صحة الشرط العقدي التي ذكرها الفقهاء، والتي بلغت عدتها في:

قائمة (العوائد): ٤

وقائمة (المكاسب): ٨

وقائمة (القواعد): ٩

ومع التداخل هي عشرة شروط، من بينها الشرط المبحوث عنه.

وهذا يعني أن الشروط التسعة التي هي شروط الشرط جاءت في عرض الشرط.

وهنا تأتي المفارقة.

ولاستبعاد هذه المفارقة علينا أن نفرز الشرط من القائمة، كي تبقى القائمة مشتملة على تسعة شروط فقط، وهي -في حقيقتها- شروط للشرط، وليست هي الشرط.

أي إن الشرط لكي يكون شرطا صحيحا لابد من أن يتوافر على هذه الشروط، أو قل: يتصف بالنعوت التي ذكرت طي هذه البنود التسعة.

هذه هي أولى الملاحظات على طريقة عرض هذه الشروط.

والملاحظة الثانية هي:

١. أننا إذا قمنا بفرز الشرط، وهو الذي عرفوه بأن يكون سائغا شرعا، فإنه -وبصيغة التقعيد- : كل شرط جاز شرعا فهو جائز.

٢. والتسعة الباقية هي شروط له.

ويمكننا أن نصنفها إلى خمس فئات:

الفئة الأولى:

- اشتراط أن يكون الشرط مقدورا للمشروط عليه.
- اشتراط أن لا يكون الشرط محالا في نفسه ، غير ممكن الوقوع .
- اشتراط أن يكون الشرط ذا غرض معتد به عند العقلاء.

الفئة الثانية:

- أن يكون اشتراط الشرط في متن العقد.

• اشتراط أن يكون الشرط منجزا.

الفئة الثالثة:

• اشتراط أن لا يكون الشرط مخالفا للكتاب والسنة.

• اشتراط أن لا يكون الشرط يحلل حراما أو يحرم حلالا.

الفئة الرابعة:

-اشتراط أن لا يكون الشرط مؤديا إلى جهالة أحد العوضين.

الفئة الخامسة:

اشتراط أن لا يكون الشرط منافيا لمقتضى العقد.

والنظرة النقدية لهذه الفئات هي:

١- أن الشروط في الفئة الأولى هي إلى الفروض العلمية أقرب منها إلى الأحكام العملية لندرة أو بالأصح لعدم وقوعها لأنها مفهومة لدى الناس بداهة، وعليها تقوم وتدور أعمالهم، فلا يكلفون بغير المقدور ولا يطلبون المحال ولا يفعلون ما لا مصلحة لهم فيه.

٢- والشرطان في الفئة الثانية هما من المسائل الخلافية -كما رأينا- والخلاف لا يثمر الوفاق، فلا تتخذ منه قاعدة.

٣- والشرطان في الفئة الثالثة هما -في الحقيقة- تعريف وتبيين لما يجب أن يكون عليه الشرط العقدي، وهو أن لا يكون مخالفا للكتاب أو السنة وكذلك أن لا يحل الحرام ويحرم الحلال، وقد فسرنا هذا بموافقة الشرع.

وهما - كما أوضحنا - موضع وفاق واتفاق الجميع.

فمنهما نستفيد القاعدة، وهي -كما مر- : كل شرط جاز شرعا فهو جائز.

٤- وأما الشرط في الفئة الرابعة فهو من شؤون العوضين فيلحق بهما، وعرفنا في محله أن العوضين لابد أن يكونا معلومين.

٥- وبقي الشرط في الفئة الخامسة، ومر أن منافاة الشرط لمقتضى العقد تعني مخالفة الشرع، فيدخل هذا الشرط في بند مخالفة الكتاب والسنة.

وأخيرا نخلص من هذا إلى:

أ- أن الشرط هو ما يكون موافقا للأحكام والتعاليم الشرعية.

ب-وأن الشروط التسعة هي شروط لصحته، أي لوقوعه صحيحا غير باطل.

ج- والذي يصلح منها لاستفادة القاعدة منه هو النصوص التي ذكرت في مستهل البحث تحت عنوان (النص).

وهي -أعني النصوص- تفيد: أن كل شرط جاز شرعا فهو جائز وصحيح.

الدليل :

واستدلوا له:

- بالإجماع:

الذي يعني التسالم بين المسلمين عليه.

- وبالروايات:

وهي مستفيضة بل متواترة معنى، ومنها:

- صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) قال: سمعته يقول: (من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله -عز وجل- فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم في ما وافق كتاب الله -جل وعز-).

- وفي النبوي المروي صحيحا عن أبي عبد الله (ع) : (من اشترط شرطا سوى كتاب الله -عز وجل- فلا يجوز ذلك له، ولا عليه).

- والمروي عن طريق أهل السنة عن النبي (ص) -في حكاية بريرة لما اشترتها عائشة وشرط مواليها عليها ولاءها- : (ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، فما كان من شرط ليس في كتاب الله -عز وجل- فهو باطل، قضاء الله أحق، وشرطه أوثق، والولاء لمن أعتق).

- صحيحة عبد الله بن سنان الأخرى عن أبي عبد الله (ع) أيضا، قال (المسلمون[1] عند شروطهم، ألا كل شرط خالف كتاب الله -جل وعز- فلا يجوز).

- وفي حسنة الحلبي عن الإمام الصادق (ع) أيضا : (وكل شرط خالف كتاب الله فهو رد)[2].

- مرسلة ابن فضال عن أبي عبد الله (ع): (في امرأة نكحها رجل فأصدقته المرأة واشترطت عليه أن بيدها الجماع والطلاق، فقال: خالف السنة وولى الحق من ليس من أهل الحق، وقضى أن على الرجل الصداق وأن بيده الجماع والطلاق، وتلك السنة).

- مرسلة مروان بن مسلم عن أبي عبد الله (ع) أيضا: قال: (قلت له: ما تقول في رجل جعل أمر امرأته بيدها ؟ قال: فقال: ولى الأمر من ليس أهله، وخالف السنة، ولم يجز النكاح).

والمراد بمخالفة الكتاب والسنة مخالفة ما ثبت حكمه في الكتاب أو السنة كما رأينا هذا في الروايات المذكورة في أعلاه.

وفسر الشيخ الأنصاري الكتاب بـ « ما كتب الله على عباده من أحكام الدين ».

---

[1] في المكاسب: المؤمنون.

[2] في المكاسب: فهو مردود.

ويظهر منه أن الذي دعاه إلى هذا التفسير، و لم يحمل لفظ (الكتاب) على ظاهره وهو القرآن الكريم هو ما ذكر في النبوي الشريف من أن الولاء لبايع المملوك ليس في كتاب الله، مع أن تشريعه كان في السنة. قال: « ثم الظاهر أن المراد بكتاب الله هو ما كتب الله على عباده من أحكام الدين وإن بينه على لسان رسوله (ص)، فاشتراط ولاء المملوك لبايعه إنما جعل في النبوي مخالفا لكتاب الله بهذا المعنى ».

وبالرجوع إلى الاستعمال الكثير الشائع على ألسنة المسلمين في الصدر الأول لعبارة (في كتاب الله وسنة رسوله) و (ليس في الكتاب والسنة) وأمثالهما التي يراد بها الكناية عن الشريعة الإسلامية أو الأحكام الشرعية يجعلنا لا نتوقف أو نتريب في حمل الكتاب والسنة في الأحاديث المذكورة على إرادة الشريعة.

فمخالفة الكتاب والسنة، أو مخالفة الكتاب، أو مخالفة السنة، كلها تعابير تشير إلى معنى واحد هو مخالفة الشريعة المقدسة.

وبالنسبة إلى الشرط الثاني - وهو ما أحل حراما وحرم حلالا - ففي موثقة إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه (ع): أن عليا (ع) كان يقول: من شرط لامرأته شرطا فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما).

وأيضا اتفقوا هنا على عدم الاعتداد بهذا الشرط.

فمن حيث ثبوت حرمة هكذا شرط لا خلاف بينهم فيه، وإنما الخلاف وقع بينهم في فهم المراد منه كما وقع في فهم المراد من الكتاب في الروايات المتقدمة.

قال النراقي في (العوائد ٤٧) : « لا إشكال في عدم الاعتداد به، إنما الإشكال في فهم المراد منه... وقد وقع كثير من الأصحاب في حيص بيص من تفسيره ».

ثم ذكر ثلاثة آراء عقبها برأيه، وهي:

١- القول بإجمال المراد منه.

وأشار إلى هذا -أيضا- السيد الطباطبائي في (الرياض ٥٣٧/١) بقوله: « يستفاد من النصوص -مضافا إلى الإجماع- أنه لا يجوز اشتراط غير السايغ مما منعت عنه الكتاب والسنة، كأن يحرم حلالا، أو بالعكس، كما أفصحت عنه الرواية الأخيرة [1]، ولكن فيه إجمال، فلا يدرى هل المراد بالحلال والحرام ما هو كذلك بأصل الشرع من دون توسط العقد، أو ما يعم ذلك ؟ ».

ثم ذكر رأيه باختياره المعنى الأول أن المراد به ما هو حلال وحرام بأصل الشرع، قال: « ولكن الذي يقتضيه النظر من تتبع الفتاوى، والنص، هو الأول لاتفاقهم على صحة شرائط خاصة تكون منافيات لمقتضى العقد كاشتراط عدم الانتفاع مدة معينة، وسقوط خيار المجلس والحيوان وما شاكله.

ولا ريب أن قبل الشرط بمقتضى العقد يحل الانتفاع مطلقا، والرد في زمن الخيار، ويحرم بعده جدا، فقد حرمت الشروط ما كان حلالا بتوسط العقد.

وللنصوص الآتية في بيع الأمة بشرط عدم البيع والهبة المجوزة لذلك المستلزم لحرمتها بعد الشرط، مع أنهما حلال بواسطة العقد قبله (أي الشرط).

وفي استثناء اشتراط نفي الميراث من الجواز، فيها إشعار بما ذكرنا.

وحينئذ، فالضابط في الشروط التي لم تحرم الحلال بأصل الشرع، وبالعكس هو الجواز إلا أن يمنع مانع من نص وإجماع ».

٢- المراد به التحريم الظاهري للتحليل الواقعي والتحليل الظاهري للتحريم الواقعي.

٣- المقصود به ما هو حلال أو حرام بأصل الشرع من دون توسط العقد».

---

[1] يعني موثقة إسحاق بن عمار.

وهو اختيار صاحب الرياض -كما تقدم-.

ثم قال النراقي في ص ٤٨ : « وكل هؤلاء أخطأوا الطريق في فهم الحديث، مع أنه ظاهر على فهمي القاصر غاية الظهور.

والحاصل: أن عبارة الإمام (ع) هكذا: (أن المسلمين عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما)، وفاعل (حرم) و (أحل) هو الشرط، فالمستثنى شرط حرم ذلك الشرط الحلال أو أحل الحرام.

وهذا إنما يتحقق مع اشتراط حرمة حلال أو حلية حرام، لا مع اشتراط عدم فعل حلال.

فإنه لو قال: (بعتك هذا) وشرط عدم جواز التصرف في المبيع، أو حرمته، أو حلية النظر إلى وجه زوجتك، يكون الشرط حرم الحلال أو أحل الحرام.

بخلاف ما لو قال: (وشرطت عدم التصرف في المبيع) فإن الشرط يحرم التصرف ».

وكأنه (قده) يفرق بين طلب ممارسة الحرام وبين اعتقاد حليته، ففرق بين أن تقول: (بعتك هذه السيارة على أن تشرب الخمر) أي بشرط أن تشرب الخمر، وبين أن تقول (تقول بعتك هذه السيارة على أن تستحل شرب الخمر) أي بشرط أن تعتقد حلية شرب الخمر.

فليس في العبارة الأولى إحلال لحرام، وإنما فيها دعوة لارتكاب الحرام، بعكس الثانية فإن تحليل الحرام فيها واضح.

ولعله يريد بهذا أن يفرق بين مصداق مخالفة الكتاب والسنة ومصداق تحليل الحرام وتحريم الحلال.

فالمثال الأول هو مصداق لمخالفة الكتاب والسنة، لأن فيه دعوة لارتكاب ما ثبت حرمته في الكتاب والسنة.

والمثال الثاني هو مصداق لتحليل الحرام.

فالفرق هو أن مخالفة الكتاب والسنة تتحقق بارتكاب المحرم مع بقاء الاعتقاد بحرمته، بينما في التحليل والتحريم لابد من تغيير المعتقد.

ولكن يؤخذ على هذا: أن تحليل الحرام وتحريم الحلال هو -بالأخرة- يرجع إلى مخالفة الكتاب والسنة.

وهو أيضا أسلوب من الأساليب التي يكنى بها عن مخالفة الشريعة الإسلامية.

فالأمر -آخرا- يرجع إلى أن هذه الروايات وأمثالها تقف عند محطة واحدة هي أن لا يخالف الشرط أحكام الشريعة المطهرة.

ونخلص من هذا إلى أنه لابد في الشرط من أن يكون موافقا للشريعة.

فالقاعدة هي:

كل شرط جاز شرعا فهو جائز.

ويأتي في مواضعه بيان ماذا يترتب على صحة الشرط وبطلانه.

قاعدة الوفاء بالشروط

النص :

الحديث: **(المؤمنون عند شروطهم)**

(المسلمون عند شروطهم) .

سند الحديث:

روي الحديث عن رسول الله (ص) :

- ففي (دعائم الإسلام) - ٢/٤٤ : (وعن رسول الله (ص): المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله).

- وفي (مستدرك الوسائل) - كتاب التجارة: الباب الرابع من أبواب الخيار-: (عن (غوالي اللئالي): عن النبي (ص): أنه قال: المؤمنون عند شروطهم).

- وفي (الوسائل) - كتاب التجارة: الباب السادس من أبواب الخيار- : (عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) قال: المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله -عز وجل- فلا يجوز).

هذه بعض مرويات الحديث الشريف بين مرسل معتبر ومسند صحيح.

وما روي في صحيحة ابن سنان وموثقة ابن عمار -المتقدمتين في مبحث قاعدة الشرط- وسواهما من الروايات المماثلة المعتبرة التي تناثرت في أبواب العقود من كتب الحديث والفقه، تطبيقا لهذه القاعدة من قبل الأئمة المطهرين مما يجعل هذا الحديث الشريف في أعلى درجات الوثوق.

ففي (الوسائل) -كتاب التجارة: الباب السادس من أبواب الخيار- : (عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) قال: سمعته يقول: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له، ولا يجوز على الذي اشترط عليه، والمسلمون عند شروطهم، مما وافق كتاب الله عز وجل).

وفي المصدر نفسه: (عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه (ع): أن علي بن أبي طالب (ع) كان يقول: (من شرط لامرأته شرطا فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما).

وفي المصدر السابق -كتاب النكاح: (الباب العشرون من أبواب المهور)- : (عن منصور بن بزرج عن عبد صالح (ع): قال: قلت له: إن رجلا من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه، فأراد أن يراجعها فأبت عليه إلا أن يجعل لله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها، فأعطاها ذلك، ثم بدا له في التزويج بعد ذلك، فكيف يصنع ؟ .

فقال بئس ما صنع، وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل والنهار، قل له: فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله (ص) قال: المؤمنون عند شروطهم) .

المفردات:

الوفاء. الشرط.

(الوفاء) :

سبق أن تحدثنا عن معاني الوفاء في مبحث (قاعدة الوفاء بالعقود).

والمعنى المقصود منها -هنا- العمل. وهو هنا العمل بمؤدى الشرط، ذلك أن ذمة المشروط عليه أصبحت مشغولة بمضمون الشرط بسبب التزامه به.

وكلمة (وفاء) - في العنوان (الوفاء بالشروط) مستعارة من الحديث الشريف المتقدم المروي عن علي (ع) حيث ورد فيه (من شرط لامرأته شرطا

فليف لها به)، و بخاصة أنه (ع) طبق حديث رسول الله (ص) بقوله: (فإن المسلمين عند شروطهم) مما يعطي أن كلمة (عند) هنا تعني الوفاء، ولذا عبر (ع) عن أداء الشرط بالوفاء بقوله (فليف).

(الشرط):

المراد بالشرط -هنا- الالتزام الذي هو أحد معنيي الشرط العقدي الذي مر البحث فيه في القاعدة السابقة (قاعدة الشرط).

والتطبيقات الواردة في الأحاديث الشريفة توضح هذا.

دلالة الحديث:

يفهم من نص الحديث ومن تطبيقاته: أن المراد به أن على الإنسان المسلم أن يكون عند التزامه إذا التزم بشيء، أي لا يتعداه، وإنما يفي بأداء الشيء المشروط.

قال النراقي في (العوائد) -ص٤٣- : « أما دلالتها (يعني الروايات المتضمنة لمعنى الحديث) على الوجوب فلاستدلال الإمام به (أي بالحديث) على وجوب الوفاء في موثقة إسحاق المتقدمة، فإنها تدل على أن قول رسول الله (ص) ذلك، إنشاء للحكم، ومعناه: أن المسلمين يجب أن يكونوا ثابتين عند شروطهم، لعدم صحة الاستدلال بدون ذلك، لأنه المتبادر من استدلاله.

ويدل على كونه (يعني الحديث) جملة حكمية أي إنشائية لا خبرية وصفية الاستثناء المذكور في أكثرها، فإن المؤمن لا ينبغي أن يشترط ما يخالف كتاب الله حتى يكون من صفته عدم الوفائية.

ومقتضى الوصفية أنه يشترط المخالف للكتاب، لكنه لا يفي به، وهو كما ترى ».

وقال البجنوردي في (القواعد) -٣/٢٢٠- : « فالظاهر أن المراد من هذه القاعدة: هو أنه يجب على كل مسلم ومؤمن أن يكون ثابتا عند التزامه.

بمعنى: أنه إذا التزم لشخص بأمر له، فيجب عليه الوفاء له بذلك الأمر.

وذلك من جهة وضوح أن هذه الكبرى الكلية الصادرة عنه (ص) في مقلم إنشاء الحكم، لا الإخبار عن أمر خارجي، فقوله (ص) : (المسلمون عند شروطهم) أي جميع المسلمين، لأن الجمع المعرف باللام يفيد العموم، يجب أن يثبتوا عند جميع شروطهم، لأن الشرط أيضا جمع مضاف يفيد العموم، فهو (ص) يحكم على جميع المسلمين بلزوم الثبوت عند جميع شروطهم.

والمراد من الثبوت والاستقرار عند الشروط هو ترتيب الأثر على شرطه الذي شرط، وعدم الفرار عن العمل على طبق التزامه ».

« فهذه القاعدة بالنسبة إلى الشروط نظير أوفوا بالعقود بالنسبة إلى العقود ».

الدليل :

استدل الفقهاء على وجوب الوفاء بالشروط، أو قل: على هذه القاعدة بـ :

١- الروايات :

وتقدمت وتقدم بيان دلالتها، كما تقدم الاستدلال على صحتها سندا إذ فيها الصحيحة والموثقة، ومتنا بتطبيق الإمام (ع) لها بما يؤكد دلالتها على وجوب الوفاء.

٢- الإجماع :

بمعنى اتفاق الفقهاء وتسالمهم على وجوب الوفاء بالشروط العقدية الصحيحة.

٣- عموم الوفاء بالعقود:

لأن الشرط كالجزء من العقد، فما يدل على لزوم الوفاء به يدل على لـزوم الوفاء بشروطه الصحيحة.

قال أستاذنا السيد الحكيم في (المنهاج) -٢/٥٨-: مسـألة ٦٣- : « كما يجب الوفاء بالعقد اللازم يجب الوفاء بالشرط المجعول فيه ».

ولشهرة وجوب الوفاء بالشرط وقيام التفاهم العرفي عليه، جـاء في المثـل (الشرطُ أَمْلَك، عليكَ أم لك).

« أي إن الشرط يملك صاحبه في إلزامه إياه المشروط إن كان له أو عليه ».

القاعدة :

وبعد، فالقاعدة هي:

يجب الوفاء بكل شرط عقدي جائز.

قاعدة العقود تابعة للقصود

النص :

المأثورة: (العقود تابعة للقصود)

(العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)

أمامنا عبارتان، ربما كانتا لنص واحد، اختلفتا لفظاً واتحدتا معنى، وربما كانتا نصين اختلفا لفظاً و لم يتفقا معنى.

ويبدو النص الثاني في عبارته الواضحة بالنسبة للنص الأول في عبارته الغامضة كالشرح له.

وسنتبين هذا، أو شيئاً منه، عند دراستنا لدلالة النص.

والنص الأول هو تعبير أصحابنا الإمامية، وسمّى بعضهم القاعدة بقاعدة تبعية العقود للقصود أخذاً من حاق النص المذكور.

والنص الثاني من تعبير فقهاء أهل السنة.

وربما عبّر بعضهم عن هذا بقاعدة (الأمور بمقاصدها) واعتبر محتوى النص المذكور فرعاً من فروعها [1].

واعتبار القصد عنصراً أساسياً في حمل الكلام على الجد، وتحمّل المتكلم مسؤولية ما يترتب على كلامه إيجاباً أو سلباً، من الظواهر الاجتماعية العامة.

ومن هنا رأينا محققي علماء اللغة العربية وجمهورهم يعتبرون القصد عنصراً مقوماً لكلامية الكلام.

---

[1] انظر كتاب (الأشباه والنظائر) لابن نجيم: المقدمة.

قال ابن نجيم في كتابه (الأشباه والنظائر) -ص٤-: « تجري قاعدة (الأمور بمقاصدها) في علم العربية أيضاً، فأول ما اعتبروا ذلك في الكلام.

فقال سيبويه والجمهور باشتراط القصد فيه، فلا يسمى كلاماً ما نطق به النائم والساهي وما تحكيه الحيوانات المعلّمة.

وخالف بعضهم فلم يشترطه، وسمى ذلك كلاماً، واختاره أبو حيان، وفرّع على ذلك من الفقه: ما إذا حلف لا يكلمه، فكلمه نائماً بحيث يسمع فإنه يحنث ».

المفردات:

العقد. القصد.

(العقد):

مر الكلام فيه إجمالاً وتفصيلاً في مبحث (نظرية العقد).

(القصد):

كذلك عرفنا معنى القصد في مبحث العقد، ونعيد منه ما يرتبط بمعنى القصد في صيغة هذه القاعدة فنقول:

القصد: هو النية والعزم والإرادة والتوجه إلى تحقيق هدف، وهو الهدف نفسه أيضاً.

وهو -عملياً- حالة نفسية تحرك الإنسان للوصول إلى ما يريد. ومن هنا كان بحاجة إلى ما يبرزه ويعبّر عنه، وهذا المبرز والمعبّر قد يكون ألفاظاً، وقد يكون أفعالاً.

وفي كلتا الحالتين قد يتطابق اللفظ أو الفعل مع المعنى الذي هو القصد، وقد لا يتطابق.

ولعل القاعدة المذكورة صيغت بهذه العبارة لتتحرك داخل هذا الإطار، وهذا ما سنعرفه في ظل العنوان التالي:

دلالة النص:

إننا عند أول وهلة نرى النص واضحاً، وبخاصة في عبارته الثانية، ولكننا بعد تعرّف معناه سنرى أنه إلى الإجمال أقرب منه إلى البيان.

ويرجع هذا -في ما أقدر- لأحد عاملين، هما:

- إماّ صياغته حيث ضغطت عبارته ضغطاً جعلها غير قادرة على الإفصاح عن معناه المقصود لواضعها.

- وإمّا لأننا لم نستطع الوقوف عليها في مصدرها الأول الذي دونت فيه، فنتعرف معناها من سياقها أو تطبيقاتها أو ما أحاط بها من قرائن أخرى.

ولهذا جعل القوم تفسيراتها تتحرك -غالباً- في سلسلة الاحتمالات التي قد تملك ما يسندها ويصححها، وقد لا تملك من ذلك شيئاً إلاّ الترجيح الشخصي وفق الفهم الخاص لها.

ومن المفيد أن نقلب خطة البحث فنبدأ بذكر بعض ما ذكر من كلمات العلماء في المسألة، ثم نقوم بمحاولة استخلاص الرأي منها:

- كتاب (العناوين)، للسيد عبد الفتاح المراغي: « إن هذه القاعدة محتملة لأمرين ليس بينهما منع جمع:

أحدهما: أن العقد تابع للقصد، بمعنى أنه لا يتحقق إلاّ بالقصد، كما ذكره الفقهاء في شرائط العقود مع الشرائط الأخر، بمعنى أنه لا عبرة بعقد الغافل والنائم والناسي والغالط والهازل والسكران.

فيكون معنى التبعية عدم تحققه بدونه إذ لا وجود للتابع بدون متبوعه.

ثانيهما: أن العقد تابع للقصد، بمعنى أن العقد يحتاج إلى موجب وقابل، وعوض ومعوض، وبعد حصول هذه الأركان لكل عقد أثر خاص »[1].

والذي يستخلص من هذا النص المنقول عن كتاب (العناوين) هو:

١- أن المراد بالقصد -هنا- القصد الذي هو عنصر أساسي في كل كلام جاد يتحمل صاحبه مسؤولية ما يترتب عليه من آثار وأحكام. وهو في مقابل كلام الغافل والناسي والسكران فإنهم لا قصد لديهم إلى معاني ما يتكلمون به، وكذلك الغالط فإن ما وقع منه لم يقصده، وما كان قاصدا له لم يقع منه (ما وقع لم يقصد، وما قصد لم يقع).

٢- بيان أن القصد عنصر من عناصر العقد كالمتعاقدين والعوضين، فإذا لم يكن عوضان، أو لم يكن متعاقدان، لا يعتد ذلك عقدا، كذلك إذا لم يكن في البين قصد لا يعتبر ذلك عقدا.

فالمقصود بيان أن القصد ركن من أركان العقد، فإن وجد وجد، وإن فقد فقد.

- كتاب (درر الحكام شرح مجلة الأحكام) للأستاذ علي حيدر، قال في ٢١/١ شرحا للمادة ٣ من مجلة الأحكام العدلية، وهي (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) : « يفهم من هذه المادة أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد، بل إنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد، لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني.

ومع ذلك فإنه ما لم يتعذر التأليف بين الألفاظ والمعاني المقصودة لا يجوز إلغاء الألفاظ.

---

[1] عن (القواعد الفقهية) للشيخ مكارم الشيرازي ط٣ ج٢ ص٣٦٩-٣٧٠ .

مثال ذلك: بيع الوفاء، فاستعمال كلمة البيع فيه التي تتضمن تمليك المبيع للمشتري أثناء العقد لا يفيد التمليك، لأنه لم يكن مقصودا من الفريقين، بل المقصود به إنما هو تأمين دين المشتري المترتب في ذمة البائع وإبقاء المبيع تحت يد المشتري لحين وفاء الدين ولذلك لم يخرج العقد عن كونه عقد رهن فيجري به حكم الرهن ولا يجري حكم البيع.

فبناء على ما تقدم يحق للبائع بيعا وفائيا أن يعيد الثمن ويسترد المبيع، كما أنه يحق للمشتري أن يعيد المبيع ويسترجع الثمن ولو كان العقد بيعا حقيقيا لما جاز إعادة المبيع واسترداد الثمن إلا باتفاق من الفريقين على إقالة البيع.

مثال ثان: لو اشترى شخص من (بقال) رطل سكر، وقال له: خذ هذه الساعة أمانة عندك حتى أحضر لك الثمن، فالساعة لا تكون أمانة عند البقال، بل يكون حكمها حكم الرهن، وللبقال أن يبقيها عنده حتى يستوفي دينه، فلو كانت أمانة كما ذكر المشتري لحق له استرجاعها من البائع بصفتها أمانة يجب على الأمين إعادتها.

مثال ثالث: لو قال شخص لآخر: وهبتك هذه الفرس أو الدار بمائة جنيه فيكون هذا العقد عقد بيع لا عقد هبة، وتجري فيه أحكام البيع، فإذا كان المبيع عقارا تجري فيه أحكام الشفعة وغيرها من أحكام البيع.

مثال رابع: لو قال شخص لآخر: قد أعرتك هذا الفرس لتركبه إلى (كوجك شكمجه) بخمسين غرشا فالعقد يكون عقد إيجار لا عقد إعارة رغما من استعمال كلمة الإعارة في العقد لأن الإعارة هي تمليك منفعة بلا عوض وهنا يوجد عوض.

مثال خامس: لو قال شخص لآخر: قد أحلتك بالدين المطلوب مني على فلان على أن تبقى ذمتي مشغولة حتى يدفع المحال عليه لك الدين. فالعقد هذا لا

يكون عقد حوالة، لأن الحوالة هي نقل ذمة إلى ذمة أخرى، وهنا بقيت ذمة المدين مشغولة، والذي جرى إنما هو ضم ذمة أخرى، فأصبح المحال عليه كفيلا بالدين والمدين أصيلا.

مثال سادس: لو أعطى شخص آخر عشر كيلات حنطة أو عشر ليرات، وقال له: قد أعرتك إياها فيكون قد أقرضها له ويصبح للمستعير حق التصرف بالمال أو الحنطة المعارة له مع أنه ليس للمستعير التصرف بعين المال المعار بل له حق الانتفاع به بدون استهلاك العين)).

والذي يستظهر من كلامه: أن العقد يحمل المعنى المتحقق خارجا إذا اختلف اللفظ مع الواقع.

- كتاب (شرح المجلة) للأستاذ سليم رستم ط٣ج١ص١٩: المادة ٣: (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) : ((أي أن العقود المبنية على الأغراض والمقاصد لا على الألفاظ كالبيع والإجارة والحوالة، تعتبر فيها المقاصد والمعاني، ولا عبرة للألفاظ، ولهذا جرى حكم الرهن في البيع بالوفاء وإن كان منعقدا بلفظ البيع، لأنه لم يقصد به تمليك المبيع للمشتري بل تأمينه على دينه)).

وكما تراه، هو كسابقه، يرى أن العقود تحمل على المعاني الواقعة خارجا عند اختلاف اللفظ مع الواقع.

- كتاب (عوائد الأيام) للشيخ أحمد النراقي ص٥٢ : ((عائدة: من القواعد المتداولة في ألسنة الفقهاء قولهم: (العقود تابعة للقصود).

وتحقيق الكلام فيها: أنه لا شك أن الأصل عدم جميع الأحكام الشرعية حتى يثبت من الشارع -طلبية كانت أو تخييرية أو وضعية-.

ولا ريب -أيضا- أن ترتب كل أثر على أي عقد كان، مخالف للأصل لا يحكم به إلا مع الثبوت من الشارع.

وهناك عقود وإيقاعات لازمة وجائزة، لفظية وفعلية، كالمعاطاة في البيع -على القول بلزومها- ثبت بالأدلة الشرعية ترتب آثار وأحكام عليها، ولكن تلك الآثار أحكام إنشائية لا يترتب عليها إلا مع قصد الإنشاء منها، وهذا القصد معتبر في تلك العقود والإيقاعات إجماعا وبمقتضى الأصل إذ لم يثبت ترتب أثر عليها بدون ذلك القصد، والأصل عدم الترتب، فلو صدرت بلا قصد أو مع قصد الإخبار أو قصد آخر، لا يترتب أثر عليها قطعا.

والمراد من قصد الإنشاء: قصد إنشاء الأثر المطلوب.

فترتب الأثر على تلك العقود والإيقاعات موقوف على قصد إنشاء الأثر منها، ولابد في ترتب الأثر من قصد إنشاء الأثر الذي رتبه الشارع عليها، فلو قصد إنشاء أثر آخر كنقل الملك من عقد النكاح أو الطلاق منه، لا يثمر ثمرا بالأصل المتقدم، والإجماع، فقصد إنشاء الأثر المترتب عليه شرعا، مما لابد منه في ترتب الأثر مضافا إلى قصد مورد الأثر من الزوجة المعينة والزوج المعين في النكاح، والمشتري والبائع، والثمن والمثمن في البيع، وهكذا » .

وواضح أنه يريد من القصد: قصد الإنشاء، ذلك أن العقود جمل إنشائية يهدف منها إلى إيجاد الأثر المطلوب، فقصد الإنشاء يعني -أيضا- قصد إيقاع الأثر المطلوب.

- كتاب (تحرير المجلة) للشيخ محمد الحسين آل كاشف الغطاء -١/١٨- المادة ٣: « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) : « اعتبار القصود في العقود مما لا شك فيه ولا ريب، بمعنى أن العقد إذا خلا من قصد فهو لغو، بل كل كلام كذلك، ولكن إناطة المدار في العقد على القصد وحده دون

اللفظ غير صحيح، كيف، وقد ورد في السنة الصحيحة (إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام) ، بل لا يتحقق العقد إلا باللفظ الخاص، ولكن مع القصد .

فالقاعدة الصحيحة -هنا- هي ما عبر عنها فقهاؤنا بقولهم: (العقود تابعة للقصود) يريدون أن كل معاملة كالبيع والإجارة والرهن لها ألفاظ تخصها بحسب الوضع والشرع يعبر عنها بالعقد، ولكنها لا تؤثر الأثر المطلوب من ذلك العقد إلا بقصد معناه من لفظه، فلو لم يقصده أو قصد معنى آخر، كما لو قصد من البيع الإجارة، أو من الإجارة البيع ولو مجازا كان باطلا ».

فإنه (قده) يعني بالقصد: قصد المعنى الذي يحمله اللفظ، فإذا قال العاقد (بعت) لابد من أن يقصد البيع لا معاملة أخرى، ولو قصد من (بعت) غير البيع يبطل العقد.

- كتاب (القواعد الفقهية) للسيد ميرزا حسن البجنوردي ٣/١١٦-١١٧ -: « ومن القواعد الفقهية المعروفة المشهورة: قاعدة (العقود تابعة للقصود).

وبعد كلام طويل انتهى (ره) إلى النتيجة التالية:

« والمراد (من القاعدة) : أن المعاملات العقلائية وعقودهم وعهودهم الدائرة في ما بينهم إن أمضاها الشارع لا تقع إلا مع قصدها وإرادتها مع تحقق سائر الشرائط من شرائط العقد ومن شرائط المتعاقدين ومن شرائط العوضين إن كانت المعاملة من المعاوضات ».

وتفسيره هذا ظاهر في أنه يريد به أن القصد ركن من أركان العقد لا يتحقق العقد إلا باكتماله مع بقية الشروط.

ولكن -على رأيه- ما هو ذلك القصد ؟.

ممكن أن يفهم هذا من أمثلته التي ساقها لبيان مقصوده من القصد، ومنها قوله: « مثلا: إذا قصد تمليك ماله، وكان ذلك المال من الأعيان بعوض مالي فيحصل عنوان البيع.

ولو لم يقصد التمليك أصلا، أو قصد التمليك بلا عوض، بل كان تمليكا مجانيا، يكون هبة.

كما أنه لو قصد تمليك منفعة لتلك العين بعوض يكون إجارة، إن كانت المنفعة معلومة من حيث نوع المنفعة، ومن حيث المدة، وكان العوض أيضا مالا معلوما » .

والذي يستظهر من هذا: أنه يفسر القصد بمطابقة الواقع الخارجي إذا اختلف مع اللفظ، وإن كانت عبارته -وهي طويلة- غير صريحة في هذا لأنها غير مستقرة.

- كتاب (المدخل الفقهي العام) للأستاذ مصطفى الزرقاء - ص١٠، ٢/٩٦٥-٩٦٧ : «القاعدة الأولى: (الأمور بمقاصدها) : « أي أن أعمال الشخص وتصرفاته من قولية أو فعلية تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية التي تترتب عليها باختلاف مقصود الشخص من تلك الأعمال والتصرفات:

- فمن قتل غيره بلا مسوغ مشروع إذا كان عامدا فلفعله حكم، وإذا كان مخطئا فله حكم آخر.

- ومن قال لآخر: خذ هذه الدراهم، فإن نوى التبرع كان هبة، وإلا كان قرضا واجب الإعادة.

- ومن التقط اللقطة بقصد أخذها لنفسه كان غاصبا، ولو التقطها بنية حفظها وتعريفها وردها لصاحبها متى ظهر كان أمينا، فلا يضمنها إذا هلكت بلا تعد منه عليها أو تقصير في حفظها، وهلم جرا ...

– ما يتفرع عنها من القواعد:

(العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني).

– فبيع الوفاء تجري فيه أحكام عقود عديدة أبرزها أحكام الرهن، لأن هذا هو مقصد العاقدين في بيع الوفاء.

– والهبة إذا اشترط فيها دفع عوض، كمن قال لآخر: وهبتك هذا الشيء بكذا أو بشرط أن تعطيني كذا، أخذ العقد أحكام البيع، لأنه أصبح في معناه رغم استعمال العاقد لفظ الهبة فيرد الموهوب بالعيب، وكذا يسترد الموهوب له العوض المدفوع إذا استحق الموهوب من يده، وكذا سائر أحكام البيع.

– والكفالة إذا اشترط فيها عدم مطالبة الدين للمدين المكفول انقلبت حوالة وأخذت أحكامها لأنها تصبح في معناها، وكذا الحوالة إذا اشترط فيها للدائن الحق في أن يطالب كلا من المدين المحيل والشخص المحال عليه معا انقلبت كفالة ».

وظاهره أن العقد يحمل على الواقع إذا اختلف مع اللفظ.

– كتاب (القواعد الفقهية) للشيخ ناصر مكارم الشيرازي – ط٣ ج٢ ص٣٧٠ : « الظاهر أن المراد من هذه القاعدة ... أنه بعد الفراغ عن لزوم القصد في العقود -بما ذكر في محله من الدليل- أن ما يتحقق في الخارج من حيث نوع العقد وكمه وكيفه وشرائطه، وغير ذلك من خصوصياته، تابع للقصد، فلو قصد النكاح وقع نكاحا، ولو قصد العارية وقعت عارية، ولو قصد هبة كانت هبة.

كما أنه لو عقد على امرأة معينة بصداق معين وأجل وشروط وغير ذلك، كل هذه الأمور تابعة لقصد الموجب والقابل.

فهذا هو المراد بتبعية العقود للقصود » .

وظاهر أنه يريد من القصد قصد العنوان.

وأخيرا: الأقوال التي يمكننا استخلاصها من هذه النقول، هي:

١- المراد بالقصد: القصد العام، أي قصد المعنى الذي يحمله الكلام، وهو القصد الذي يحقق للكلام جديته.

ويقابله الكلام غير المقصود أمثال كلام النائم والساهي والخ.

ويمكننا أن نصطلح عليه بالقصد اللغوي.

وهو أمر بديهي لدى كل إنسان عاقل، لأن التفاهم الاجتماعي في كل شيء قائم عليه.

ومن هنا لا إخال أنه هو المراد لأن الناس يفرقون بين الكلام المقصود وغير المقصود ويدركون أن صيغ العقود كغيرها من أنماط الكلام في الحياة العامة لا تؤدي وظيفتها ولا تحقق أثرها في الواقع الخارجي إلا إذا توفر عنصر القصد.

فلا معنى لأن يحال إلى شيء مفهوم بداهة فيقال العقود تتبع العقود.

٢- أن القصد عنصر من عناصر العقد.

مر في مبحث (نظرية العقد) أن من أهم عناصر العقد توافر الرضى من كل من طرفي العقد، والرضى تعبير نفسي عن الإرادة التي هي القصد.

وهو بهذا يكون شأنه شأن بقية عناصر العقد في تبعية العقد لها في الصحة والبطلان، فلا معنى لأن يخص بهذه القاعدة.

وذلك لأن العقد لا يقع صحيحا إلا إذا توافر على جميع شروطه.

٣- المراد به المعنى المتحقق في الخارج، فلو قال العاقد: (بعت) ، وقرن قوله هذا بخصائص الهبة، فإذا نظرنا إلى الإنشاء هو بيع، وإذا نظرنا إلى المنشأ هو هبة.

والاختلاف جاء من لفظ الإنشاء (بعت) ومن واقع المنشأ في الخارج.

قال الذاهبون إلى هذا الرأي: يحمل العقد على أنه هبة، ولا عبرة باللفظ.

وهذا يعني أنهم يفسرون القصد بالمعنى المتحقق في الخارج.

فاللفظ الذي هو العقد لا يحمل على محتوى اللفظ ومدلوله، وإنما يحمل على ما وقع في الخارج.

ويلاحظ عليه:

أ- أن مثل هذا الحمل يحتاج إلى دليل قد أقر شرعا، لأن العرف -إن كان هناك عرف قائم على هذا- لا يعتبر دليلا شرعيا عندنا، وإنما يحتاج إلى إمضاء من الشارع، إما بالتصريح أو بعدم الردع، وهو غير موجود.

ب- أن القصد هو المعنى الذي يقصده العاقد، والعاقد -هنا- قصد البيع، والشاهد على ذلك لفظ (بعت)، والمفروض أنه جاد غير غالط ولا هازل.

فما قصده وهو البيع لم يقع، وما وقع -وهو الهبة- لم يقصده. إلا أن يقال أن المراد بالقصد -هنا- مصطلح خاص، وهو ما لا نعلمه.

٤- المراد بالقصد قصد الإنشاء، لكي تحقق المعاملة أثرها المطلوب في الخارج لأن الإنشاء إيقاع وإيجاد.

ولكن هذا وإن لم يعرف عند الناس بعنوانه الفقهي هو معروف لديهم محتوى ومفهوما.

وعليه قامت معاملاتهم، وعليه قائمة، وعليه ستقوم.

فلا إخال أن هناك حاجة إلى التنبيه إليه فضلا عن اشتراطه.

٥- المراد بالقصد: قصد العنوان « فلو قصد النكاح وقع نكاحا، ولو قصد العارية وقعت عارية، ولو قصد هبة كانت هبة ».

وهو -كما تراه- بعكس القول الثالث.

ويلاحظ عليه:

أ- أن العاقد قد يقصد الهبة، ولكن يقرنها بخصائص البيع، ومعنى هـــذا أن شروط الهبة وعناصرها المقومة لها لم تتحقق، فكيف يحمل العقد على أنه هبة.

ب- أن هذا الرأي كالرأي الثالث في افتقاره إلى العرف الممضى شـــرعا، وهذا ما لا نعلمه.

٦- المراد بالقصد: قصد معنى اللفظ، فلو قال: (بعت)، وقصد الإجـــارة، فإن البيع لا يتحقق، وكذلك الإجارة.

والفرق بين هذا الرأي والرأيين الثالث والخامس أن المعاملة على هذا الـــرأي تقع باطلة، بينما هي في الرأيين الثالث والخامس تقع صحيحة إذا حملت علـــى إرادة العنوان أو إرادة ما وقع.

هذه هي الأقوال في المسألة التي أمكننا استخلاصها.

وأقربها إلى طبيعة الموقف العرفي وما يقره الشرع هو الرأي السادس، وهـــو رأي الشيخ آل كاشف الغطاء.

لأن ما ذكر في الآراء الخمسة الأخرى، إما معلوم بالبداهة، فلا نحتاج معـــه إلى وضع قاعدة له، وإما غير معلوم فتكون القاعدة معه مجملة.

ولأن في الروايات ما يشير إلى أن اللفظ إذا قصد معناه، له دوره ووظيفته في الصحة والبطلان.

كما في ما روي عن الإمام الصادق (ع) عندما سأله الراوي: (الرجل يجيئني ويقول: اشتر لي هذا الثوب وأربحك كذا وكذا ؟

فقال (ع): أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك ؟

قلت: بلى.

قال: لا بأس إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام)).

الدليل :

استدل لهذه القاعدة بـــ:

١- بناء العقلاء.

قال الشيخ مكارم في (القواعد الفقهية ٣٦٩/٢) : « وهذه القاعدة -علـــى إجمالها- مجمـــع عليها بين الأصحـــاب، بل بين علمـــاء الإسلام جميعـــا، بـــل وغيرهم من العقـــلاء في كل عرف وزمان ».

ويلاحظ عليه:

أن بناء العقلاء يتوصل إليه عن طريق الاستقراء، ولو كان هناك استقراء لمـــا وقع الخلاف في مدلول القاعدة، لأن الاستقراء يضع الباحث أمـــام التطبيقـــات للقاعدة وجها لوجه، ومن خلالها يفهم مؤداها والمقصود منه.

٢- الإجماع :

ومرت الإشارة إليه في كلمة الشيخ مكارم، وقـــال الســـيد البجنـــوردي ص١٢١: « مدرك هذه القاعدة: الأول: الإجماع من جميع الفقـــهاء علـــى أن العقود تابعة للقصود، حتى أنهم يجعلونها كبرى كلية مفروغـــا عنـــها في مقـــام الاستدلال على اعتبار القصد في العقود، وأنها (يعني العقود) لا تقع إلا على نحـــو ما قصد ».

فالتسالم على القاعدة من جميع الفقهاء هو الدليل عليها.

قاعدة السلطة على المال

النص :

الحديث: (**الناس مسلطون على أموالهم**).

سند الحديث:

رواه الشيخ ابن أبي جمهور الأحسائي في (غوالي اللئالي) عن النبي (ص) أنه قال: (إن الناس مسلطون على أموالهم) ، ورواه عنه المحدث المجلسي في (بحار الأنوار) ، وتلقاه فقهاؤنا بالقبول، وعملوا بمضمونه واستدلوا به مما أعطاه قوة الوثوق بصدوره عنه (ص).

مفردات النص:

مسلطون. الأموال.

(الأموال):

تقدم تعريف المال وبيان أقسامه وتوضيح شؤونه في مبحث المال من مبحثي المقدمة.

(مسلطون):

مسلطون جمع مسلط -بتشديد اللام وفتحها على زنة اسم المفعول- من سلط، يقال:

- سلطه: أطلق له السلطان والقدرة.
- وسلطه عليه: مكنه منه وحكمه فيه.
- وتسلط عليه: تحكم وتمكن وسيطر.

- فالتسلط: التمكن والتحكم والسيطرة.

- والسلطة -بضم السين- : التسلط.

- فمسلطون يعني أن الناس لهم التمكن من أموالهم والتحكم بها استعمالا واستغلالا وتصرفا.

وجاءت الكلمة بصيغة اسم المفعول لأن المال وجميع ما في الكون هو ملك الله تعالى، لا يشاركه فيه أحد، ولا ينازعه عليه مخلوق، وقد أباح للإنسان أن يتملك، ولكن في طول ملكيته تعالى، وسلطه على المال الداخل في ملكيته بالتصرف فيه بمختلف أنحاء التصرف المشروعة.

فالتسلط الموجود عند صاحب المال على ماله هو تسليط من الله تعالى للإنسان على المال سلطة تشريعية.

تسمية القاعدة :

تسمى هذه القاعدة بـ:

- قاعدة الناس مسلطون على أموالهم.
- قاعدة التسلط على المال.
- قاعدة السلطة على المال.
- قاعدة السلطنة على المال.

وكلها تؤدي المعنى وتحقق الغرض من التسمية.

دلالة النص:

إن النص المذكور لأنه حديث شريف عن النبي (ص)، وفي مقام التشريع، يعطي للإنسان حق التسلط على ماله.

ولأن التسلط على المال ظاهرة اجتماعية اقتصادية عاشها الإنسان على امتداد مديات تاريخه قبل نزول شريعتنا المقدسة يأتي هذا التشريع الإسلامي إمضاء وإقراراً لهذه الظاهرة.

والسلطة على المال هي من لوازم حق الملكية، ويسمي القانون هذا اللون من الحق بالحق العيني، ويعرّفه بأنه « الحق الذي يخول صاحبه سلطة مباشرة على شيء من الأشياء كحق الملكية أو حق الانتفاع »[1].

ويرتب على هذا أن « صاحب حق الملكية -وهو المالك- له سلطة مباشرة على الشيء المملوك، بمقتضاها يستعمل هذا الشيء ويستثمره ويتصرف فيه دون تدخل من أحد »[2].

ويقول الدكتور السنهوري في (الوسيط ٤٧٩/٨) -مادة ٢٩١- : « حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية نطاقاً بل هو جماع هذه الحقوق العينية، وعنه تتفرع جميعاً.

فمن له حق الملكية على شيء كان له حق استعماله وحق استغلاله وحق التصرف.

وبذلك يستجمع كل السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء».

الدليل على القاعدة:

استدل على مشروعية هذه القاعدة بـــ :

١- بناء العقلاء:

ففي كل الظروف الاقتصادية التي مرت بملكية الإنسان للأشياء، والتطورات التي حصلت لها في تلكم الظروف والصراع بين أنواع الملكيات الجماعية

---

[1] النظرية العامة للالتزامات، د . مصطفى الجمال ص٥.

[2] م. ن.

والعائلية والفردية، كانت الملكية الفردية قائمة، والتطور الذي حدث لها كان في تضيق حدودها وتوسعها، فكانت تتوسع أحياناً وتتضيق أخرى، حتى جاء الإسلام وأقرها ولكن إلى جانب ملكية الأمة وملكية الدولة، وجعل الفواصل والحدود بينها.

فبناء العقلاء –هنا– يراد به دليل العقل الذي يدرك بالبداهة النزعة الفطرية لدى الإنسان في إرادة التملك وحب السيطرة على الشيء المملوك، وليس هو العرف أو السيرة، وذلك لأنهما لم يستقرا على حال بالنسبة إلى الملكية الفردية.

يقول الشيخ مكارم في (قواعده ٢/٢٩) : « هذه القاعدة قاعدة عقلائية قبل أن تكون شرعية، ولم يزل بناء العقلاء عليها من قديم الزمان إلى عصرنا هذا، ولا فرق فيها بين أرباب الملل الإلهية وغيرهم، حتى أن من أنكرها بلفظه لا ينكرها في عمله، وأن الذين ادعوا إلغاءها بالمرة في كتبهم وفي مدارسهم لم يوفقوا له في العمل، وكلهم يرون أن للإنسان التصرف في ملكه بما يراه، إلاّ ما منعه الشرع أو نهى عنه القوانين المعتبرة عندهم، ولا يشك في هذا أحد منهم، ومن أنكره فإنما ينكره باللسان وقلبه مطمئن بالإيمان.

بل يمكن أن يقال إنها من القواعد الفطرية قبل أن تكون عقلائية فإن ما عند العقلاء من القوانين لها أصول وجذور في أعماق فطرياتهم ما لم ينحرف عنها بأمور قسرية.

كما أن أحكام الشرع أيضاً تنطبق على الفطريات فيطابق التشريعُ التكوينَ، ولابد أن يتطابقا، لأن كل واحد منهما من صنع الله، ولا يضار صنعُهُ صنعَهُ، وما ترى في خلق الرحمن من تفاوت ».

٢– الإجماع:

ويراد به التسالم والتواضع بين الفقهاء على مشروعية هذه القاعدة.

ويكفينا في إثبات هذا التسالم والاتفاق استدلالهم بها في موارد مختلفة من مسائل الفقه، ذكر شيئاً غير قليل منه الشيخ مكارم في المصدر المذكور في أعلاه، ومنه:

- كتاب (الخلاف) للطوسي في كتاب البيوع: (مسألة ٢٩٠) مبحث إقراض الجواري:« دليلنا: أن الأصل الإباحة، والحظر يحتاج إلى دليل .. وأيضاً روي عن النبي (ص) أنه قال: الناس مسلطون على أموالهم ».

- كتاب (السرائر) لابن إدريس: باب حريم البئر: « وإن أراد الإنسان أن يحفر في ملكه أو داره بئراً، وأراد جاره أن يحفر لنفسه بئراً بقرب تلك البئر لم يمنع منه بلا خلاف في جميع ذلك، وإن كان ينقص بذلك ماء البئر الأولى لأن الناس مسلطون على أملاكهم ».

- كتاب (جامع المقاصد) للكركي: أبواب الاحتكار: « ويجبر على البيع لا التسعير، أي هذا أصح لأن الناس مسلطون على أموالهم، إلاّ أن يجحف في طلب الثمن أو يمتنع من تعيينه ».

هذا التسالم من الفقهاء على مشروعية القاعدة هو الأقوى وهو العمدة.

مجال القاعدة :

السلطة على المال في الشريعة الإسلامية مقيدة في أن تكون وفق الأحكام والتعليمات الشرعية.

قاعدة الصحة

النص :

المأثور: (**الأصل في عمل المسلم الصحة**).

مصدر النص:

أفاد العلماء هذه القاعدة أو الأصل من تعامل الناس بعضهم البعض في شؤونهم الاجتماعية حيث يحمل الإنسان عمل الطرف الآخر عند الشك في صحته وعدمها على الصحة.

وهذا السلوك هو من أجلى الظواهر الاجتماعية وأصدقها في مجال المعاملات المالية.

معنى الصحة :

- في اللغة:

الصحة -بكسر الصاد- : هي خلو الجسم من المرض أو العلة، وخلو الشيء من النقص أو العيب.

- وفي العرف:

مفهوم الصحة من المفاهيم الاجتماعية البديهية لتداوله على ألسنة الناس ليل نهار، ولترتيبهم الآثار عليه.

ولكن لأن كلمة (صحة) تستعمل عند العرف الاجتماعي في أكثر من معنى لابد من استعراض معانيها، ثم معرفة ما يلتقي مع المفهوم الفقهي، وهي:

- الصحة بمعنى الصواب **Correctness** أي ضد الخطأ.
- الصحة بمعنى الصدق **Truth** ، يقال: كلام صحيح، أي صادق.

- الصحة بمعنى الحقيقة **Reality** .

- الصحة بمعنى السلامة **Soundness** .

- الصحة بمعنى العافية **Health** .

- الصحة بمعنى الصلاحية الشرعية أو القانونية **Validity** .

وهي ضد البطلان الذي يعني عدم صلاحية الشيء لترتب آثاره عليه، والذي يعني -أيضاً- عدم مشروعية الشيء من أصله.

- في الفقه:

قال الجرجاني في (التعريفات): « الصحة: حالة أو ملكة بها تصدر الأفعال عن موضعها سليمة.

وهي -عند الفقهاء- عبارة عن كون الفعل مسقطاً للقضاء في العبادات، أو سبباً لترتب ثمرته المطلوبة منه عليه شرعاً في المعاملات، وبإزائه البطلان ».

وفي (معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء) للدكتور نزيه حماد: « وعند الفقهاء: هي موافقة الفعل -ذي الوجهين وقوعاً [1]- الشرعَ.

والعقد الصحيح في الاصطلاح الفقهي: هو المستجمع لأركانه وشرائطه بحيث تترتب عليه آثاره الشرعية المطلوبة منه ».

وفي (الهادي) للكرمي: « والصحيح من العبادات والمعاملات هو الذي كانت أركانه وشرائطه موافقة للشرع أو القانون ».

والمعنى الفقهي المذكور يعني الصلاحية الشرعية أو القانونية، لأن الصلاحية تعني صلوح المعاملة لترتب الآثار الشرعية أو القانونية عليها.

وهذا لا يتم إلاّ مع تمام الأجزاء والشرائط للمعاملة المقررة شرعاً أو قانوناً.

---

[1] يريد به الفعل الذي يمكن أن يقع صحيحاً ويمكن أن يقع فاسداً.

فالمقصود من الصحة في نص القاعدة صلاحية المعاملة شرعاً لترتيب الآثار والأحكام الشرعية عليها.

تسمية القاعدة:

سميت هذه القاعدة:

- قاعدة الصحة.
- أصالة الصحة.
- أصل الصحة.
- قاعدة أصالة الصحة -كما في قواعد السيد البجنوردي- .

وتصح صياغة العنوان الأخير إذا كانت القاعدة تغاير الأصالة مفهوما، وإلا فيشكل عليه بلزوم إضافة الشيء إلى نفسه بما يوهم التغاير بينهما.

معنى القاعدة:

إذا شك في عمل صدر من مسلم في أنه وقع صحيحا، أي جامعا لجميع ما هو مطلوب فيه من أجزاء وشروط بالمستوى الذي يصح معه ترتيب أثره الشرعي عليه، أو لم يقع صحيحا، ينبئ على أنه وقع صحيحا ويرتب عليه أثره الشرعي.

ولكن الفقهاء اختلفوا في المراد من الصحة هنا، هل هي الصحة الواقعية أو الصحة باعتقاد الفاعل الذي قام بالفعل.

والمقصود من الصحة باعتقاد الفاعل: هو أن الفاعل عندما فعل الفعل فعله وهو معتقد بأنه صحيح.

أما الصحة الواقعية فالمراد بها الصحة بالنسبة إلى الواقع.

قال الشيخ الأنصاري في (الرسائل) : « ظاهر المشهور الحمل على الصحة الواقعية.

ويظهر من بعض المتأخرين خلافه)).

وفي (مصباح الأصول ٣/٣٢٤)- تقرير بحث أستاذنا السيد الخوئي بقلم تلميذه الواعظ: ((المراد من الصحة في المقام هي الصحة الواقعية، لا الصحة عند العامل على ما نسب إلى المحقق القمي (ره) ...)).

ثم استدل على ذلك بسيرة العقلاء قائلا: ((وذلك لقيام السيرة على ترتيب آثار الواقع على العمل الصادر من الغير، والصحة عند العامل لا توجب ترتب الآثار عند الحامل على الصحة، فإن أصالة الصحة لا تكون أزيد من العلم بالصحة.

والعلم بصحة العمل عند العامل لا يوجب ترتب الأثر عند غيره)) .

واستدل للرأي الآخر: بأن المستفاد من دليل القاعدة هو أن ظاهر حال المسلم أنه لا يأتي بالعمل إلا صحيحا.

وعليه: يكون المراد من الصحة: الصحة عند الفاعل.

وأجيب: بأن مصدر القاعدة هو سيرة العقلاء، والعقلاء -كما أفيد في دليل الرأي الأول- يرتبون آثار الواقع على العمل الصادر من الغير.

شمولية القاعدة:

هل تقتصر هذه القاعدة في مجال التطبيق على عمل الغير أو أنها تشمل حتى عمل الإنسان نفسه؟.

لا خلاف بينهم في شمولها لعمل الغير، ولا وفاق بينهم في شمولها لعمل الإنسان نفسه.

إلا أن الذي يظهر واضحا من روايات المقام المراد من العمل عمل الغير كقوله (ع): (ضع أمر أخيك على أحسنه) وقوله : (إن المؤمن لا يتهم أخاه المؤمن) وغيرها.

دليل القاعدة:

استدل على مشروعية هذه القاعدة بالكتاب والسنة والإجماع والعقل.

ولكن لما كانت الآيات والروايات التي استدل بها بعضها أعم مما نحن فيه، وبعضها ظاهر في أنه توجيه أخلاقي، وليس تشريعا لحكم أو بيانا لوظيفة، ينحصر الدليل بالإجماع والعقل.

والعقل -كما سنرى- يراد منه سيرة العقلاء.

(السيرة):

يقول السيد البجنوردي في قواعده ٢٣٩/١: « الظاهر أن عمدة الدليل عليها هي سيرة العقلاء كافة، والشارع لم يردع عن هذه الطريقة بل أمضاها، كما هو مفاد الأخبار في أبواب متعددة.

بل يمكن أن يقال: لو لم يكن هذا الأصل لا يمكن أن يقوم للمسلمين سوق، بل يوجب عدم اعتباره اختلال النظام كما ادعاه شيخنا الأعظم الأنصاري (قده).

والإنصاف أن الاختلال الذي يلزم من عدم اعتبار هذه القاعدة أشد وأعظم من الاختلال الذي يلزم من عدم اعتبار قاعدة اليد، فإن هذه القاعدة جارية في أغلب أبواب الفقه من العبادات والمعاملات ولذلك لا يبقى محل للاستدلال على اعتبارها بالإجماع، لأنه من المظنون أن يكون مدرك المجمعين هو الذي ذكرنا، فليس من الإجماع المصطلح الأصولي الذي يكون اعتباره من جهة كشفه عن رأي المعصوم (ع).

وأما الاستدلال عليها بالآيات والروايات فلا يخلو عن مناقشة بل منع في أكثرها.

والإنصاف أن اعتبار هذه القاعدة وحكومتها على الاستصحاب وأصالة الفساد من المسلمات التي لا خلاف فيها أصلا، فلا ينبغي تطويل المقام بذكر الآيات والأخبار التي أوردوها والمناقشة فيها».

(الإجماع):

قال المولى النراقي في عوائده ٧٤: « أما الإجماع فلأنا نرى العلماء على ذلك متفقين في كل الأعصار والأمصار، وهذه قاعدة مسلمة مشهورة بينهم، يبنون عليها كثيرا من الأحكام ».

وقال الشيخ الأنصاري في رسائله ٧١٩/٢ : « الثالث: الإجماع القولي والعملي.

أما القولي فهو مستفاد من تتبع فتاوى الفقهاء في موارد كثيرة، فإنهم لا يختلفون في أن قول مدعي الصحة في الجملة مطابق للأصل وإن اختلفوا في ترجيحه على سائر الأصول.

وأما العملي فلا يخفى على أحد أن سيرة المسلمين في جميع الأمصار على حمل الأعمال على الصحيح وترتيب آثار الصحة في عباداتهم ومعاملاتهم، ولا أظن أحدا ينكر ذلك إلا مكابرة ».

وكما رأينا: إن الإجماع المشار إليه يعني التسالم من الفقهاء،وأيضا هو مستقى من سيرة العقلاء.

وعليه فالدليل المعتمد هو السيرة.

مورد جريانها:

مجال تطبيق هذه القاعدة هو المعاملات بما يشمل العقود والإيقاعات، وهو القدر المتيقن عند العلماء.

ولكن اختلف في مدى ذلكم المجال: هل يقتصر فيه على الشك في شرائط العقد نفسه، أو أنه يشمل -أيضا- الشك في شرائط المتعاقدين وشرائط العوضين.

ويرجع هذا إلى المستفاد من واقع دليل القاعدة ومدى ما فيه من شمولية أو عدمها.

ولأن مدرك القاعدة هو سيرة العقلاء، لأن هذه القاعدة من الظواهر الاجتماعية العامة -كما أسلفت- والسيرة قائمة «على ترتيب الآثار على المعاملات الصادرة من الناس حتى مع الشك في كون البائع مالكا أو غاصبا مثلا» أي أن الناس لا يفرقون في مجال التطبيق بين شرائط المعاملة كانت للعقد نفسه أو لسواه من متعاقدين وعوضين.

وعلى القول بأن مدرك القاعدة هو الإجماع، وأن معقده حجية هذه القاعدة في المعاملات خاصة، وهو -كما نعلم- دليل لبي لا إطلاق فيه، يقتصر في تطبيق هذه القاعدة على القدر المتيقن وهو شروط العقد فقط.

ولكن رأينا فيما سبقه أن المدرك هو السيرة، والإجماع منبثق عنها.

ثم إن هذا التطبيق لا يتم إلا بعد إحراز صورة العمل أو عنوان العمل كما عبر بعضهم، أو كما عبر آخر، الأصل الجامع بين الصحيح والفاسد.

ومتى تم هذا تقوم القاعدة حينئذ بوظيفة اعتبار ما وقع صحيحا بإلغاء الاحتمالات التي تسبب فساده.

أو قل لتأتي القاعدة بعد تحقق عنوان المعاملة حاكمة على أصالة الفساد التي تقضي بعدم تمامية النقل والانتقال، وكذلك على الاستصحاب الذي يقضي بإبقاء ما كان على ما كان، وبهذه الحكومة تؤمن للمتعامل صحة المعاملة.

« وبعبارة أخرى: هذه القاعدة لها عقد وضع وعقد حمل، كما هو الحال في جميع القواعد، وشأن كل قاعدة إثبات محمولها لموضوعها بعد الفراغ عن ثبـــوت موضوعها.

وأما ثبوت موضوعها أو عدم ثبوته فليس من شؤون تلك القاعدة.

فكل قاعدة متكفلة لعقد حملها لا لعقد وضعها.

وحيث أن موضوع هذه القاعدة في أبواب المعاملات (هو) تلك العنــــاوين المذكورة في أبواب العقود والإيقاعات، لابد من إحرازها (يعني العناوين) لإجراء هذه القاعدة مع احتمال عدم صحتها لاحتمال وقوع خلل فيها من فقد شــــرط أو وجود مانع.

وأما مع عدم إحراز ذلك العنوان -بما هو مشكوك الصحة والفساد- فـــلا محل لجريان هذه القاعدة لامتناع تحقق الحكم بدون تحقق الموضوع » .

قاعدة الغرر

النص :

(نهى رسول الله (ص) عن بيع الغرر)

اعتباره :

النص المذكور هو جزء من حديث المناهي المروي عن النبي (ص)، وهو حديث طويل تضمن مجموعة كبيرة من النواهي استهدف أكثرها بيوع الجاهلية الربوية والغررية والشبيهة بالقمار، إلا أنه نقل مقطعا من قبل الرواة.

واستدلال الفقهاء به من علمائنا وعلماء أهل السنة يعطي الاطمئنان بل اليقين بصدوره عن المعصوم.

وأهم منها تطبيق الأئمة (ع) لهذه القاعدة على البيوع الغررية، وسيأتي شيء من هذا في موضوع (بيوع الجاهلية) من فصل (البيع) إن شاء الله تعالى.

وفي (العوائد): مأخذ فساد بيع الغرر أمران:

الأول: الإجماع:

فان المتتبع لكلمات الفقهاء يراهم بأسرهم مصرحين بذلك في غير موضع واحد بحيث يحصل العلم للفقيه بأنه حكم الإمام المعصوم، بل هو متفق عليه بين الفريقين (الشيعة والسنة).

وسيأتي شطر من كلماتهم بل في استدلالهم به مطلقا اشعارا بكونه قاعدة مقبولة مسلمة بين الجميع.

وصرح بعضهم بالإجماع أيضا، قال بعض مشايخنا في الإجازة، في بطلان ما لو اشترى بحكم أحد المتبايعين للغرر والجهالة المنهي عنهما بالاجماع والرواية المتفق عليها بين العلماء كافة.

وربما يشعر كلام جمع، منهم: الشهيد (الثاني) في موضعين من (شرح الإرشاد) كونه ضروريا (بديهيا).

الثاني: الخبر المروي عن النبي (ص): (أنه نهى عن بيع الغرر).

ذكره السيد (المرتضى) في (الانتصار)، وابن إدريس في (السرائر)، والعلامة في (نهج الحق) ومواضع عديدة من (التذكرة) وولده في (شرح القواعد)، والشيخ المقداد في (التنقيح)، والشهيد في (قواعده)، وبعض المتأخرين في شرحه على المفاتيح، والطريحي في (مجمع البحرين)، والجوهري في (صحاحه)، وابن الأثير في (نهايته)، والحاجبي في (مختصره)، ونقل القاضي نور الله في (إحقاق الحق) عن ابن حزم أنه قال: (والبرهان على بيع ما لم يعرف برؤية ولا صفة حجة: نهى رسول الله (ص) عن بيع الغرر، وهذا عين الغرر، لأنه لا تدري ما اشترى أو باع).

وقد مر في كلام بعض مشايخنا أن هذه الرواية متفق عليها بين العلماء كافة.

وعلى هذا: فتكون الرواية منجبرة بالشهرة العظيمة، بل الإجماع القطعي أو الضرورة.

فهي مما لا ريب في حجيتها وكونها كالخبر الصحيح، بل أقوى منه".

<u>دلالته :</u>

المفردات: النهي . البيع . الغرر .

(النهي):

حمل النهي المشار إليه في النص المذكور على الحرمة، وباتفاق الجميع.

(البيع):

يراد به المعاملة المالية المعروفة التي تتمثل في مبادلة المال بالمال المؤثرة للنقل والانتقال أو التمليك والتملك.

(الغرر):

في (معجم مقاييس اللغة): "ومن الباب (يعني ما يدل على النقصان): بيع الغرر: وهو الخطر الذي لا يدرى أيكون أم لا؟، كبيع العبد الآبق، والطائر في الهواء، فهذا ناقص لا يتم البيع به أبدا".

وفي (تاج العروس): "والاسم (من غر، يغر) الغرر -محركة-، وهو الخطر، ومنه الحديث: (نهى رسول الله (ص) عن بيع الغرر)، وهو مثل بيع السمك في الماء والطير في الهواء.

وقيل: هو ما كان له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول.

وقيل: هو أن يكون على غير عهدة ولا ثقة.

قال الازهري: ويدخل في بيع الغرر البيوع المجهولة التي لا يحيط بكنهها المتبايعان حتى تكون معلومة".

وفي (محيط المحيط): "الغرر: التعريض للهلكة.

وشرعا:

الذي لا يوهم أنه ليس بموجود.

أو ما لا يعلم عاقبته.

أو هو الخطر الذي لا يدرى أيكون أم لا؟، كبيع السمك في الماء والطير في الهواء".

وفي (الكليات): "الغرور: هو تزيين الخطأ بما يوهم أنه صواب.

في الزيلعي: الغرور -ويقال له الغرر أيضا-: هو ما يكون مجهول العاقبة لا يدري أيكون أم لا؟".

وفي (القاموس الفقهي): "بيع الغرر، عند الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والاباضية: هو بيع ما لا يعلم وجوده وعدمه، أو لا تعلم قلته أو كثرتـــه، أو لا يقدر على تسليمه".

وفي (معجم لغة الفقهاء): Risk, uncertainty الغرر –بفتـــح الغـين والراء– مصدر غر، يغر: الجهالة.

بيع الغرر: بيع ما دخلته الجهالة، سواء أكانت في الثمن أم في المبيـــع أم في الأجل أم في القدرة على التسليم".

كان هذا في مادة (غرر)، وجاء في مادة (بيع): "بيع الغرر: بيع ما له ظـاهر تؤثره وباطن تكرهه".

وفقهيا:

عرفه ابن سعيد في (الجامع): "الغرر: ما انطوى أمـــره"، وابـــن حمـــزة في (الوسيلة): "الغرر: ما لا يمكن ضبطه وتحصيله بالمقدار، أو لا يؤمن فيه التلـــف قبل التسليم".

والغرر يكون –كما تقدم في تعريف معجم لغة الفقهاء وتعريف الوســيلة– في الثمن والمثمن والأجل والقدرة على التسليم.

ويرجع هذا إلى اشتراطهم –وبالاتفاق– معلومية المعقود عليه، وهو يشـــمل الثلاثة الأولى: الثمن والمبيع والمدة، واشتراطهم –وباتفاق أيضا– القدرة علــــى التسليم.

جاء في (الإصباح): "واشترطنا أن يكون المعقود عليه معلوما لأن العقد على المجهول باطل لأنه من بيع الغرر.

واحترزنا بكونه مقدورا على تسليمه مما لا يمكن ذلك فيه كالسمك في الماء والطير في الهواء، فانه لا يجوز بيعه لأنه من بيع الغرر".

ويمكننا أن نستخلص من التعريفات المذكورة: أن الغرر في اللغة يعني الخطـــر بمعنى المخاطرة **Risk**، وفي الفقـــه يعـــني الجهالـــة بمعـــنى الشـــك في الشـــئ **Uncertainty**، ذلك الشك الذي يترتب عليه المخاطرة في الإقدام عليه.

فالخطر الذي يعنيه اللغويون في هذا السياق ليس هو الإشراف على الهلكـــــة **Danger**، وإنما هو التعرض للضرر، والذي يعبر عنه بالمغامرة والمخاطرة **Risk**.

وبهذا يلتقي التعريفان اللغوي والفقهي، ذلك أن الإقدام على التعامل بالمجـهول المشكوك فيه يعد مغامرة ومخاطرة من المتعامل لأنه لا يعلم أينتفع أم يتضـــرر، أي أنه يشك في النتيجة.

ومن هنا جمع (الهادي) بين التعريفين حيث جاء فيه: "الغرر: هـــو التعـــرض للهلكة مثل **Risk**.

والغرر: ما لا يعلم وجوده، ولا تعلم عاقبته، أو هـــو الخطـــر يكـــون أو لا يكون".

اعتماده :

ذكر النراقي في (العوائد) جملة من تطبيقات قاعدة الغرر على مصاديقها بمـــا يدل على أنها قاعدة مسلمة ومشروعة ولا خلاف في شرعيتها.

ومما ذكره:

- "قال الصدوق (ره) في (معاني الاخبار) -بعد ذكر بيع المنابذة والملامســـة وبيع الحصاة- وهذه بيوع كان أهل الجاهلية يتبايعون بها، فنهى رسول الله (ص) عنها لأنها غرر كلها".

- وقال السيد في (الانتصار): "ومما انفردت به الامامية: القول بجواز شـــراء العبد الآبق مع غيره، وخالف باقي الفقهاء في ذلك، وذهبوا إلى أنه لا يجوز بيـــع الآبق على كل حال.. إلى أنه قال: وتعويل مخالفينا في منع بيعه على أنه بيع غرر،

وأن نبينا (ص) نهى عن بيع الغرر.. إلى أن قال: وهذا ليس بصحيح لأن هذا البيع يخرجه عن أن يكون غررا الانضمام إلى غيره".

- "وقال ابن إدريس في (السرائر) -بعد ذكر حلب بعض اللبن وبيعه مع ما في الضرع أو يجعل عوض اللبن شيئا من العروض-: والأقوى عندي المنع من ذلك كله لأنه غرر، وبيع مجهول، والرسول (ص) نهى عن بيع الغرر".

- "وقال العلامة في (التذكرة) -في ذكر شرائط البيع-: القدرة على التسليم، وهو إجماع في صحة البيع فيخرج البيع من ان يكون بيع غرر.

وقال فيها -أيضا-: لا يصح بيع الطير في الهواء سواء كان مملوكا أو غيره، اجماعا، لأنه في المملوك غرر، وقد نهى النبي (ص) عن الغرر.

وفيها -أيضا-: يجب العلم بالقدر، فالجهل به مما في الذمة ثمنا كان أو مثمنا مبطل.. الى أن قال: وبه قال الشافعي وابوحنيفة للغرر".

ثم قال -أعني النراقي بعد نقل اقوال اخرى-: "الى غير ذلك من كلمات الفقهاء من المتقدمين والمتأخرين الواردة في موارد مختلفة، وقد ذكرنا شطرا منها ليعلم كون الاستدلال بالغرر من القواعد المسلمة، بل المجمع عليها".

وبقي أن أشير الى أن الغرر المنهي عنه هو الغرر النوعي لا الشخصي.

قال الشيخ آل كاشف الغطاء في (تحرير المجلة ١/١٨٤): "واعلم أن الغرر المنهي عنه الموجب لفساد البيع هو النوعي لا الشخصي.

فلو فرضنا أن المشتري أو هو والبائع كان قوي الحدس بحيث لو نظر الى الصبرة يعرف مقدارها أو يعرف مقدار ما يكفيه نفقة لمدة من الايام فلا يلحقه أي غرر من شرائها، لم ينفع ذلك، لأن المبطل هو الغرر المتحقق في نوع هذا البيع فيبطل كل أفراده حتى الخالي من الغرر، ولا يصح الا المعلوم مقداره من الطرق المتعارفة، وهي: الكيل والوزن والعدد ورديفاتها".

الخلاصة :

هي: **ان كل بيع غرري محظور، واذا أوقع يقع فاسدا.**

قاعدة حلية البيع

النص :

(وأحل الله البيع).

النص المذكور هو جزء من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة، وهي: (الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس ذلك بانهم قالوا انما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فاولئك اصحاب النار هم فيها خالدون).

دلالته :

سوف نحاول أن نتعرف رأي العلماء في دلالة النص، واستدلالهم به من خلال تناولنا للنقاط التالية:

- هل الآية من المجمل أو المبين؟
- هل هي تشريع لحكم أو إخبار عن تشريع سابق؟
- هل الألف واللام في كلمة (البيع) للجنس أو للعهد؟
- شواهد من الاستدلال بها.

أشارت بعض المصادر إلى أن بعض العلماء ذهب إلى القول باجمال النص المذكور.

ففي تفسير القرطبي ٣٥٦/٣: "وقال بعضهم: هو من مجمل القرآن الذي فسر بالمحلل من البيع وبالمحرم فلا يمكن أن يستعمل في إحلال البيع وتحريمه الا أن

يقترن به بيان من سنة رسول الله (ص) وان دل على إباحة البيوع في الجملة دون التفصيل.

وهذا فرق ما بين العموم والمجمل.

فالعموم يدل على إباحة البيوع في الجملة والتفصيل، ما لم يختص بدليل.

والمجمل لا يدل على اباحتها في التفصيل حتى يقترن به بيان.

والأول أصح والله أعلم".

وفي (زبدة البيان): "وقيل: هما (يعني البيع والربا) مجملان، فلا يقدم على تحليل بيع ولا تحريم ربا الا ببيان".

هكذا قالوا، ولكن سياق قوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) وهو الآية المذكورة في أعلاه ان لم يكن صريحا فهو ظاهر في أن البيع كان معروفا وكذلك الربا، والا فكيف يتم القياس بينهما (انما البيع مثل الربا).

ففي قوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) إحالة إلى البيع العرفي والربا العرفي.

وعليه: لا إجمال في البين.

واختلف في أن قوله تعالى: (وأحل الله البيع وحرم الربا):

هل هو في مقام التشريع، أي في صدد بيان حكم البيع وحكم الربا؟

أو أنه في معرض الاخبار عن حكم سابق قد صدر تشريعه وفهم من قبل المخاطبين به، وفي هذا المقطع من الاية الكريمة إحالة إليه ؟

قيل بكل منهما.

ولكن السياق يفيد أنهم كانوا يفهمون حكم البيع وهو الحلية وحكم الربا وهو الحرمة، ولذا قاسوا أحدهما على الآخر ليوحدوا بينهما في الحكم وهو الحلية بحمل الربا على البيع.

وهذا يعني أن قوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) في معرض الاخبار عن تشريع سابق معلوم لدى المخاطبين به.

واختلفوا -أيضا- في معنى (أل) في كلمة (البيع) هل هو الجنس أو العهد؟.

قال القرطبي: "والألف واللام للجنس لا للعهد إذ لم يتقدم بيع مذكور يرجع اليه كما قال تعالى (إن الانسان لفي خسر) ثم استثنى (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات)...".

وظاهر القرطبي -هنا- حصر العهد بالعهد الذكري، وللعهد -كما ينص النحاة- ثلاثة أنواع: الذكري والذهني والحضوري.

وعندما لا يتقدم ذكر للبيع لا يستلزم هذا أن لا بيع معهود ذهنيا أو حضوريا.

مع أن البيع تقدم له ذكر في الآية بقوله تعالى: (قالوا انما البيع مثل الربا).

فقوله تعالى: (وأحل الله البيع وحرم الربا) اذا حملت (أل) فيه على العهد، يراد بها العهد الذكري لتقدم ذلك في قوله تعالى (وقالوا انما البيع مثل الربا).

فسياق الآية يفيد بأن (أل) هنا للعهد الذكري.

وهو إحالة إلى البيع المعروف والربا المعروف.

وهذا لا يتنافى مع دلالة (وأحل البيع) على العموم لأن للبيع المعهود أفرادا ومصاديق، فاذا شك في بيع ما، ولم يكن من البيوع المنهي عنها يجوز التمسك بالعموم المشار اليه، لاثبات جواز ذلك البيع المشكوك فيه.

وممن قال بدلالة (وأحل البيع) على العموم:

- المولى الاردبيلي في (زبدة البيان) قال: "ثم اعلم أنها تدل على تحريم فعل الربا... وعلى تحليل جميع البيوع إذ المتبادر منه العموم عرفا".

- أبو حيان الأندلسي في (البحر المحيط ٣٣٥/٢) قال: "الظاهر عموم البيع والربا، في كل بيع، وفي كل ربا، الا ما خصه الدليل من تحريم بعض البيوع واحلال بعض الربا".
- القرطبي في تفسيره، قال: "-وأحل الله البيع وحرم الربا، هذا من عموم القرآن".
- الفاضل المقداد في (كنز العرفان ٣٧/٢): قال: "تذنيب في قوله (وأحل الله البيع) دلالة على اباحة سائر أقسامه من النقد والنسيئة والسلف وانواعه من بيع المرابحة والمواضعة والتولية والمساواة وانواع المبيعات من الثمار والحيوان والصرف وغير ذلك مما ورد به البيان النبوي".

تطبيقاته :

ومن شواهد تطبيق هذا العموم ما جاء في كتاب (جواهر الفقه) لابن البراج:

"مسألة: اذا باع الانسان شيئا، كان المشتري قد رآه قبل العقد ولم يره في حال العقد وكان مما يتلف أو لا يتلف، هل يصح بيعه أم لا؟

الجواب: هذا البيع ماض اذا وجده المشتري كما رآه، فان خالف ذلك كان مخيرا بين امضاء البيع وفسخه لقول الله سبحانه: (وأحل الله البيع وحرم الربا) فأباح ما يتناوله اسم البيع، وهذا بيع، والمنع منه يحتاج إلى دليل، ولا دليل في الشرع عليه".

الخلاصة :

ونخلص إلى أن البيع المقصود في الآية الكريمة هو البيع الذي لا ربا فيه.

وعمومه يشمل ما عدا البيوع الربوية والبيوع الغررية، والاخرى المنهي عنه نصا.

ويمكننا ان نصوغ القاعدة بالآتي:

كل بيع لم ينه عنه شرعا جائز.

مستثنيات :

ولهذا حض العلماء على معرفة انواع البيوع ليميز المنهي منها من غير المنهي.

ومنه ما جاء من قول الشيخ المفيد في (المقنعة): "وقال تعالى: (ذلك بـــــاهم قالوا انما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا)، فيتبغي للعبد أن يعرف البيع المخالف للربا ليعلم بذلك ما أحل الله تعالى وحرم مـــن الأعمـــال في المتـــاجر والمكاسب".

الفهرس